Die

rechtliche Natur der Vormerkung

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Benno Leyser

Kammergerichts-Referendar zu Charlottenburg.

ACAD. LANDW. HAT. BIBL.

Berlin 1904.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

		Seite
A. Einleitung: Die geschichtliche Entwicklung der Vormerkung:		
1. Vor der Abfassung des B.G.B.	§ 1	6
2. Bei der Gestaltung des B.G.B.	§ 2	8
B. Die Vormerkung des B.G.B.:		
I. Der Zweck der Vormerkung (§ 883, I)	§ 3	10
II. Die Wirkung der Vormerkung im allgemeinen (§ 883, II)	§ 4	11
III. Die Wirkungen der Vormerkung im besonderen: Diese sind bedingt:		
1. Durch die obligatorische Natur des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches:		
a) Ausschluss der Anwendbarkeit des § 902	§ 5	19
b) Ausschluss der grundbuchrechtlichen Fiktion	§ 6	21
c) Ausschluss des Berichtigungsanspruches	§ 7	23
d) Uebergang des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches: Zession und Erbgang	§ 8	27
2. Durch den Zweck der Sicherung:		
a) Uebersicht über die möglichen Arten der Sicherung	§ 9	38
b) die Regelung des B.G.B.:		
α) bei der Verfügung durch den Eigentümer	§ 10	39
β) bei der Subhastation	§ 11	43
γ) im Konkurse	§ 12	45
δ) Stellung der Erben des Eigentümers	§ 13	47
IV. Die rechtliche Natur der Vormerkung:		
1. Die Vormerkung gestaltet den Anspruch nicht zu einem *ius ad rem*	§ 14	49
2. Der Anspruch wird durch die Eintragung der Vormerkung nicht ein *ius in rem scriptum*	§ 15	51
3. Die Vormerkung stellt eine Verfügungsbeschränkung des Grundeigentümers dar und gewährt dem Gläubiger ein besonderes Sicherungsrecht	§ 16	53
C. Das dingliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Uebertragung des Eigentums	§ 17	63

Literaturverzeichnis.

Achilles, Preussisches Gesetz über Eigentumserwerb.

— Rechtsschutz durch vorläufige Einschreibungen (in Johows Jahrbuch der Entscheidungen der Preussischen Appellationsgerichte, Band VIII Seite 314 ff.)

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des B.G.B., 1899.

— Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, 1901.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 1901.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechtes, 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 1901.

— Pandekten, 1896/1897.

— Preussisches Privatrecht, 1875.

Dernburg u. Hinrichs, Deutsches Hypothekenrecht, 1. Abt.: Preussisches Recht, Seite 345 ff., 1877.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 1900.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band VII, XV, XXVII.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts, 1896.

Fuchs, Grundbuchrecht, 1899 ff.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 1895.

Gruchot, Beiträge, Band XXIV.

Jaeger, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1901.

Kober, Kommentar zum Sachenrecht des B.G.B.

Koch, Allgemeines Landrecht, 1886.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 1893.

Kolkmann, Ueber die *actiones in rem scriptae* (Göttinger Inaugural-Dissertation).

Kretschmar, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Band XI Seite 146 ff.).

Leonhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes, 1899.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 1900.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B., 1899.
Oberneck, Die preussischen Grundbuchgesetze, 1896.
— Reichsgrundbuchrecht, 1900.
Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, 1902.
Philipsen, Die Vormerkung nach B.G.B., 1903.
Planck, Kommentar zum B.G.B., 1898—1902.
Predari, Grundbuchordnung, 1900.
Protokolle für die II. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band II.
Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, 1896.
Strecker, Rechte an Grundstücken, 1898.
Turnau, Preussische Grundbuchordnung, 1892.
Turnau und **Förster**, Liegenschaftsrecht nach deutschen Reichsgesetzen, 1900.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891.

A. Einleitung.

Die geschichtliche Entwicklung der Vormerkung.

1. Vor der Abfassung des B.G.B.

§ 1.

Wie segensreich auch die Einrichtung des Grundbuches für die Sicherheit des Immobiliarverkehrs ist, so schliessen doch seine beiden grundlegenden Prinzipien, das Publizitäts- und das Eintragungsprinzip, grosse Gefahren in sich. Das erstere gefährdet die noch nicht eingetragenen, aber eintragungsbedürftigen dinglichen Rechte: Nach § 892 B.G.B. gilt zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuches als richtig. Das bestehende, aber nicht eingetragene dingliche Recht kann daher in der Regel gegen den Erwerber nicht geltend gemacht werden; und umgekehrt: ein bisher nicht bestehendes, aber eingetragenes Recht kann von dem Erwerber geltend gemacht werden. Anders nur, falls ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder der Erwerber in bösem Glauben war. Diese *mala fides* betreffend das Grundbuch wird aber nur begründet durch die positive Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuches, d. h. der Existenz des dinglichen Rechtes eines Anderen oder der Nichtexistenz des betreffenden Rechtes.

Das Eintragungsprinzip hingegen gefährdet die persönlichen Ansprüche auf Erwerb, Aufhebung oder Veränderung der Rechte an Grundstücken, indem diese Ansprüche nur den Vertragsgegner verpflichten, gegen Dritte aber nicht

geltend gemacht werden können. Gegen diese Gefahren könnte, wie „Achilles: Rechtsschutz durch vorläufige Einschreibungen im Grundbuch“ (in Johows Entscheidungen des preuss. App.Ger., Band VIII, Seite 314ff.) ausführt, an die Anwendung zweier Mittel gedacht werden: Um der Gefahr aus dem Publizitätsprinzip zu begegnen, soll der Bedrohte den erwerbslustigen Dritten durch Anzeige von dem Bestehen seines dinglichen Rechtes in *malam fidem* versetzen; zum Schutze gegen die Gefahr des Eintragungsprinzipes sein Recht durch die Eintragung ebenfalls zur öffentlichen Kenntnis bringen.

Aber beide Mittel müssten fast immer versagen:

Das erstere, weil selten der Gefährdete von einer geplanten Verfügung im voraus erfahren wird;

das zweite, weil gerade in den fraglichen Fällen meist die Voraussetzungen für die Eintragung eines Rechtes fehlen: nur das dingliche Recht ist der Eintragung fähig, nicht der nur obligatorische Anspruch auf Erwerb oder Veränderung eines solchen; würde man aber einen solchen persönlichen Anspruch eintragen lassen, so wäre die Wirkung, dass er durch die Eintragung zur allgemeinen Kenntnis gebracht wird. Die Kenntnis von dem Bestehen eines obligationsmässigen anderweitigen Anspruches begründet aber beim Erwerbe eines dinglichen Rechtes keine *mala fides* des Erwerbers und hindert ihn nicht am Erwerbe.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass ein besonderer Schutz erforderlich ist, sowohl für die bestehenden dinglichen, aber nicht eingetragenen Rechte, als auch für die obligatorischen Ansprüche auf Einräumung, Aufhebung oder Aenderung des Inhaltes bzw. Ranges eines Rechtes an einem Grundstücke.

So haben die preussischen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 zum Schutze der nicht eingetragenen Rechte — und zwar sowohl der dinglichen Rechte als auch der persönlichen Ansprüche auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes (siehe §§ 8, 9, 16, 22, 60 preuss. Grundbuchord-

nung) — in den sogenannten „Vormerkungen“ vorläufige Eintragungen zugelassen, die zum ersten Male schon in der preuss. Hypothekenordnung von 1783 auftauchen.[1])

2. Bei der Gestaltung des B.G.B.

§ 2.

Der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nahm eine abweichende Stellung in dieser Frage ein: er liess in seinem § 844, I B.G.B. nur zum Schutze bestehender dinglichen Rechte eine Vormerkung zu:

> „Zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes an dem Grundstücke oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechtes kann ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen werden. (Vormerkung.)“

Eine Vormerkung zum Schutze persönlicher Ansprüche lehnte der erste Entwurf ab und, wie die Motive III, S. 237 ff. angegeben, aus folgenden Gründen:

1. Man wollte nicht mit dem Grundsatze brechen, dass obligatorische Ansprüche nur gegen den Vertragsgegner wirken, das aber müsste geschehen, wenn man die Verfügungen, die nachteilig sind dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch, für unwirksam erklären wollte. Denn wie bereits oben dargestellt, hindert ja nicht das Wissen von der Existenz eines obligatorischen Anspruches den Erwerb des dinglichen Rechtes; es müsste also ausdrücklich das Gesetz für diesen Fall der Vormerkung eine Sonderbestimmung aufstellen (wie dies jetzt geschehen im § 883, II B.G.B.).
2. Man glaubte zu verstossen gegen § 128 (jetziger Fassung § 158/59), wenn eine Rückbeziehung stattfände:

---

[1]) Im übrigen ist das bisherige Recht betreffend auf die Zusammenstellung bei Biermann, Widerspruch und Vormerkung 1901, S. 1—56, zu verweisen.

„Das fragliche Recht, auf dessen Eintragung resp. Löschung ein persönlicher Anspruch besteht, wäre hiermit unter der aufschiebenden Bedingung der Liquidestellung endgültig eingetragen. Das aber wäre eine besondere Ungerechtigkeit im Konkurse."

Aus diesen Erwägungen heraus glaubten die Verfasser des I. Entwurfes „einem so anomalen Institute wie der Vormerkung persönlicher Ansprüche" nicht Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gewähren zu dürfen.

Ohne uns auf eine Untersuchung der Frage einzulassen, wie weit diese Gründe zutreffend sind, und ob nicht doch das praktische Bedürfnis höher anzuschlagen sei als jene Erwägungen und daher den Ausschlag geben müsste, sei hier nur festgestellt, dass die Mehrheit bei der II. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches das Bedürfnis für die Zulassung der Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche anerkannt und diese auch für das neue Recht zugelassen hat.[2])

Das Ergebnis der Beratungen in der II. Lesung war, dass die Sicherung der dinglichen Rechte, welche allein der I. Entwurf für die Vormerkung hatte zulassen wollen, zum Gegenstand eines besonderen Schutzmittels gemacht wurde, des Widerspruches des § 899 (jetziger Fassung), dass dagegen durch Vormerkung gesichert werden nur die obligatorischen Ansprüche.

Das Recht des B.G.B. scheidet also:

Den Widerspruch (§ 899) zur Erhaltung eines bestehenden dinglichen Rechtes,

die Vormerkung (§ 883ff.) zur Sicherung eines obligatorischen Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes oder auf Aenderung seines Inhaltes bzw. Ranges.

---

[2]) Vgl. hierzu Protokolle III, S. 112ff.

B. Die Vormerkung des B.G.B.

I. Der Zweck der Vormerkung.

§ 3.

Die Vormerkung des B.G.B. dient zur Sicherung des persönlichen Anspruches und zwar, wie § 883, I B.G.B. sagt:

> „des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechtes."

Auch die Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches durch Vormerkung ist zulässig (§ 883, I B.G.B., Satz 2). Dies ist von besonders weitgehender Bedeutung für die Auflassung. Da nach § 925, II B.G.B. eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Befristung erfolgt, unwirksam ist, kann man sich den bedingten oder künftigen Anspruch auf Auflassung wenigstens durch Eintragung einer Vormerkung sichern.

Nicht also jeder persönliche Anspruch ist der Sicherung durch die Vormerkung fähig, sondern nur der Anspruch auf eine dingliche Rechtsänderung, z. B. der Anspruch auf Auflassung und Eintragung, auf Einräumung einer Hypothek, auf Einrücken in die Stelle einer vorstehenden Hypothek bei deren Löschung usw.

Als wichtigen Fall hebt B.G.B. im § 1179 denjenigen hervor, in welchem der Eigentümer sich einem Anderen gegenüber verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt: hier kann zur Sicherung des Anspruches auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

Im § 1098, II B.G.B. legt es dem dinglichen Vorkaufsrechte Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruches auf Uebertragung des Eigentums bei.

II. Die Wirkung der Vormerkung im allgemeinen (laut § 883, II B.G.B.).

§ 4.

Laut § 883, II B.G.B. ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird,

> insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung (§ 883, III B.G.B.).

Eine Verfügung ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, d. h. die Vormerkung des B.G.B. hat nicht den Charakter der Buchsperre wie die alte *protestatio de non amplius intabulando,*[3]) sondern das Grundbuch steht auch solchen Eintragungen offen, und sie können nicht vom Grundbuchrichter zurückgewiesen werden.

Wird die Vormerkung gelöscht, so bleiben die betreffenden Eintragungen in voller Gültigkeit bestehen — z. B. der Vorgemerkte kann im Prozesse sein Recht auf Eigentumsübertragung nicht nachweisen.

Führt aber die Vormerkung zur definitiven Eintragung, so ist mit der Eintragung an Stelle des früheren obligatorischen Anspruches ein buchmässiges dingliches Recht entstanden und § 883, II B.G.B. kommt zur Anwendung:

> Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht

[3]) So hatte das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch statuiert: „eine gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch verstossende Eintragung darf nicht erfolgen," anders nach allgemein herrschender Ansicht die Vormerkung des B.G.B.; vgl. auch Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 158.

getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Die Verfügung ist unwirksam. Prüfen wir zunächst den Begriff der Unwirksamkeit:

Die gemeinrechtliche Theorie[4]) sprach von Ungültigkeit, falls ein Rechtsgeschäft kraft eines Rechtssatzes seine beabsichtigte Wirkung nicht erreichte.

Unser B.G.B. kennt keine ungültigen, sondern „unwirksame" Rechtsgeschäfte, wenn es auch in den §§ 122, 307, 308 den Ausdruck „Gültigkeit" aufweist. Die unwirksamen Rechtsgeschäfte stehen im Gegensatz zu den vollwirksamen und werden von Eck[5]) geschieden in

völlig unwirksame (d. h. nichtige) und beschränkt unwirksame (d. h. anfechtbare, relative und einstweilig nichtige).

Jedenfalls hat Eck Recht, wenn er sagt, dass unter „Unwirksamkeit" alle Erscheinungen zusammengefasst werden, welche der Gültigkeit des Geschäftes gegenüberstehen, und dass im einzelnen Falle durch Auslegung gefunden werden muss, welche Art der Unwirksamkeit gemeint ist.[6])

Während aber die grosse Mehrheit der Schriftsteller keinen Unterschied macht zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit, sondern entweder wie Eck, die Nichtigkeit als absolute Unwirksamkeit bezeichnet oder gar beide Begriffe als völlig identisch gebrauchen, weist Leonhard[7]) auf den Unterschied zwischen nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäften hin:

Während die nichtigen Rechtsgeschäfte unter Umständen einer Konversion (§ 140) und einer Bestätigung (§ 141) fähig sind, bei nichtigen Verträgen sogar nach § 141, II B.G.B. mit rückwirkender Kraft, sind die unwirksamen weder umdeutungs- noch bestätigungsfähig. Während bei den nichtigen Rechtsgeschäften der Mangel in dem Geschäftsakte selbst

[4]) Vgl. hierzu Windscheid a. a. O. § 82. [5]) Eck, Vorträge S. 42.
[6]) Vgl. auch Jacobi, Archiv für Zivil-Praxis, Band 86 S. 51—154.
[7]) Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., S. 430ff.

liegt — Verstoss gegen eine vom Gesetz verlangte Form, oder Verstoss im Inhalt oder Zweck des Geschäftes, liegt er beim unwirksamen Rechtsgeschäfte nur in einem Nebenumstande: Der Geschäftsabschluss erscheint, was die Form anbelangt, tadellos, auch der Inhalt erregt keinerlei Anstoss, aber „eine Tatsache fehlt, die noch neben dem eigentlichen Geschäftsabschlusse für die Wirksamkeit nötig ist". (Leonhard S. 436.)

Aber auch, wenn die Geschäftsfolgen nicht völlig ausbleiben, sondern zum Teil eintreten können, indem sie entweder nur gewissen Personen gegenüber unverbindlich sind oder ihre Wirkungen nur in gewissen Beziehungen nicht besitzen, spricht B.G.B. von Unwirksamkeit; Beispiele bieten die §§ 506 und 574 für erstere, 883, II und 2289 für letztere.

Uns will es scheinen, dass die Scheidung von Nichtigkeit und Unwirksamkeit, wenn auch, wie wir Leonhard zugeben, durchaus begründet, nur in den zuletzt erwähnten Fällen der relativen Unwirksamkeit von Bedeutung und Einfluss auf die Gestaltung unserer Rechtssprache ist.

So wird es denn bei dem Rate Ecks bewenden bleiben, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, was unter „Unwirksamkeit" gemeint ist.

Nach § 883, II B.G.B. ist die Verfügung insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Hier kann „unwirksam" nur bedeuten, dass die Verfügung als nicht geschehen gelten soll, als nicht vorhanden, jedoch nur soweit, als der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch durch sie beeinträchtigt würde, falls sie wirksam bestünde. Soweit die Verfügung gegen den Vormerkungsanspruch verstösst, hat sie keine Rechtswirkung.

Die Verfügung ist unwirksam, nicht „wird" unwirksam, sagt B.G.B.

Diese Wortfassung hat eine hohe Bedeutung. Hat z. B. *A* gegen *X* einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Einräumung einer I. Hypothek im Betrage von 100 000 Mark, und bestellt *X* dem *B* eine I. Hypothek von 100 000 Mark,

so ist diese letztere Verfügung des *X* unwirksam, nicht wird sie es erst, wenn *A* im Prozesse die Verurteilung des *X* zur Einräumung der I. Hypothek erstritten und auf dies Urteil hin die Eintragung der I. Hypothek erlangt hat. Ist für *B* die Hypothek bereits eingetragen, so ist dem *A* gegenüber die Eintragung bedeutungslos, da die Verfügung, welche sie zur Grundlage hat, unwirksam ist. *A* erreicht die Eintragung seiner Hypothek vom Eigentümer und kann nach § 888, I B.G.B. vom *B* die Zustimmung hierzu verlangen.

Oder: Für *A* besteht eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Auflassung gegen *X*. Trotzdem lässt *X* an *B* auf, und es erfolgt die Eintragung des *B* als Eigentümer. *B* ist Eigentümer des Grundstücks geworden; er kann es belasten und weiter veräussern, kurz über dasselbe frei verfügen. Gelingt es aber *A*, seinen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung liquide zu machen, so muss diesem Rechte des *A* das Eigentum des *B* und alle auf letzteres zurückführenden Aenderungen in der Rechtslage des Grundstücks weichen, insoweit sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch des *A* vereiteln oder beeinträchtigen würden. Insoweit ist die Verfügung des *X* unwirksam, und das Eigentumsrecht des *B* fällt zusammen. Diese Schwäche haftet dem Eigentum des *B* an: *B* ist zwar wahrer Eigentümer des Grundstücks geworden, doch ist in diesem Falle zugunsten des durch Vormerkung gesicherten Anspruches des *A* das Eigentumsrecht des *B* als nicht erworben anzusehen und wird wegfingiert. Diese Beschränkung, welche dem Eigentumsrecht des *B* innewohnt, macht u. E. das ganze Recht des *B* zu einem relativen;[8]) es dürfte daher nicht verfehlt sein, mit Rücksicht hierauf das Eigentum des *B* als „relatives Eigentum“ zu bezeichnen. Entsprechend gilt *X* dem *A* gegenüber zum Zwecke der Uebertragung des Eigentums weiter als Grundstückseigentümer; daher kann *A* von *X* als dem Eigentümer des Grundstückes die Auf-

[8]) Anderer Ansicht Fuchs a. a. O. S. 31, 112 zu § 883, welcher behauptet, dass die Unwirksamkeit nicht nur dem Vorgemerkten, sondern jedermann gegenüber besteht.

lassung verlangen[9]) und von *B* die Zustimmung zu dieser „Eintragung, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist". (§ 888 B.G.B.) Diese Zustimmung des *B* ist erforderlich, weil laut § 19 G.B.O. eine Eintragung nur erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird; ev. Ergänzung derselben durch Urteil laut § 894 C.P.O. erforderlich.

Koch: A.L.R., 8. Aufl., Band I, S. 678ff. führt für das preussische Recht aus, dass der Eigentümer ein unbeschränktes Verfügungsrecht über sein Grundstück trotz der Vormerkung behält, solange er Eigentümer ist. Das Eigentum aber verbleibt ihm bis zur Eintragung des Eigentumsüberganges nach geschehener Auflassung.

Sicherlich ist auch zu Recht ergangen die Entscheidung des Ober-Tribunals (zitiert bei Gruchot XXIV S. 107), dass das Nutzungsrecht an dem betreffenden Grundstück so lange dem alten Eigentümer verbleibt, als er als solcher im Grundbuche eingetragen ist, dass daher in dem fraglichen Falle dem Vormerkungsgläubiger, welcher einen Anspruch auf Auflassung hatte, dass Nutzungsrecht erst zustehe, wenn Auflassung und Eintragung des Eigentumsüberganges an ihn erfolgt ist.[10])

Der Vorgemerkte ist daher auch nicht legitimiert für die Anstellung der dem Eigentümer zustehenden Klagen, auch nicht, falls bereits der Vertragsschuldner zur Uebereignung verurteilt ist, denn nach § 894 C.P.O. tritt das rechtskräftige Urteil an die Stelle der Erklärung, d. h. der durch die Vormerkung gesicherte Gläubiger kann vom Grundbuchrichter auf dies rechtskräftige Urteil hin die Eintragung verlangen, aber erst durch diese Eintragung wird er Eigen-

---

[9]) Uebereinstimmend die herrschende Meinung, so Cosack, Planck, Dernburg, Endemann u. a., insbesondere jetzt auch Biermann in „Widerspruch und Vormerkung", welcher die in seinem Sachenrecht, Bem. 2 zu § 888, aufgestellte Behauptung, dass der Vorgemerkte von dem neuen Eigentümer die Auflassung verlangen könnte, zurücknimmt.

[10]) Ebenso Reichsgerichts-Entscheidungen in Zivilsachen, Band XV S. 270/271.

tümer, und erst in diesem Augenblicke erhält er die Legitimation für die Anstellung der dem Eigentümer zustehenden Klagen.

Wir können also sagen: Die Verfügung des Bucheigentümers, welche besteht in einer Auflassung des Grundstückes, trotzdem eine Vormerkung des Anspruches auf Auflassung und Eintragung eingetragen ist, ist nur wirksam, sofern der Vorgemerkte die endgültige Eintragung seines Rechtes nicht durchführt, denn nur in diesem Falle würde der Gesetzesvorschrift genügt werden, und der vorgemerkte Anspruch weder durch die neue Verfügung vereitelt noch beeinträchtigt werden.

Unrichtig aber wäre es, von einer bedingten Gültigkeit der neuen Verfügung zu sprechen.

In der Volkssprache freilich hat das Wort „Bedingung" einen weiten Sinn, und „bedingte Gültigkeit" wäre für den Laien gleichbedeutend mit „Gültigkeit, welche vorliegt, falls sie nicht durch einen besonderen Umstand ausgeschlossen wird".

In streng juristischem Sinne hat aber der Ausdruck „Bedingung" eine ungleich engere Bedeutung angenommen, und haben wir unter „Bedingung" wie bisher, so auch im B.G.B. eine Beschränkung zu verstehen, die einer Willenserklärung eingefügt ist, derart, dass Anfang oder Ende einer Rechtswirkung abhängig gemacht wird von dem Eintreten eines objektiv ungewissen Ereignisses.[11])

Nur das Rechtsgeschäft selbst, die Willenserklärung, vermag eine Bedingung in sich aufzunehmen und dadurch zu einem bedingten Rechtsgeschäft zu werden; und nur bei einem bedingten Rechtsgeschäft kann man von bedingter Wirksamkeit sprechen, indem man darunter versteht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes, falls die gestellte Bedingung eintritt.

[11]) Vgl. Enneccerus und Lehmann, Bürgerliches Recht S. 226; Leonhard, Allgemeiner Teil des B.G.B. S. 383; Fischer-Henle, Anmerkung 2 zu § 158.

Der zweiten Verfügung des Eigentümers jedoch, welche den Vormerkungsanspruch vereitelt, haftet keine solche Bedingung an: er hat unbedingt, wie dies nach B.G.B. durchaus erforderlich ist, das Grundstück aufgelassen und die Eintragung vornehmen lassen.

Aber auch keine sogenannte *condicio iuris* — im Gegensatz zu der oben dargestellten wahren Bedingung *(c. facti)* — d. h. eine Bedingung, welche ein Geschäft von Rechts wegen an künftige ungewisse Ereignisse knüpft,[12]) liegt vor: daher kann in diesem Zusammenhange nicht von Bedingung gesprochen werden.

Nicht unter einer Bedingung ist die Verfügung gültig oder ungültig,[13]) sondern sie ist unwirksam nach Massgabe der vom Gesetzbuch errichteten Schranke: „insoweit, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde".

Umgekehrt also können wir sagen: Die Verfügungen des Bucheigentümers sind und bleiben wirksam, soweit sie nicht den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen.[14]) Wie wir bereits oben gesehen haben, statuiert B.G.B. in § 883, II keinerlei Schwebezustand bezüglich der Gültigkeit der Verfügung, die gegen den Vormerkungsanspruch verstösst; wie wir ferner bereits dargestellt haben, liegt in dem Ausdrucke „insoweit" keine Bedingung — weil der Begriff der Bedingung hier unbrauchbar ist —, sondern der Ausdruck „insoweit" stellt Mass und Grenze, den Umfang der Unwirksamkeit fest: die Verfügung ist unwirksam, nur „insoweit sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde", d. h. sie kann ja nach der Sachlage ganz oder teilweise unwirksam sein oder auch vollwirksam. Bestand für *A* eine Vormerkung des

---

[12]) Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 105.

[13]) Eine bedingte Wirkung nehmen an: Fuchs a. a. O. S. 112 und Matthiass a. a. O. S. 39. Uebereinstimmend mit dem Texte: Othmer a. a. O. S. 80.

[14]) Daher ist die Ansicht von Fuchs a. a. O., dass die Vormerkung das bis dahin persönliche Recht zu einem bedingten dinglichen macht, abzulehnen.

Anspruches auf Eintragung einer II. Hypothek in Höhe von 100 000 Mark hinter 50 000 Mark an erster Stelle, und bestellte der Eigentümer dem *B* eine I. Hypothek im Betrage von 75 000 Mark, so ist die letztere Verfügung insoweit unwirksam, als sie den Anspruch des *A* beeinträchtigen würde, d. h. mit 50 000 Mark bleibt *B* an erster Stelle, mit den verbleibenden 25 000 Mark tritt er hinter die 100 000 Mark des *A* zurück.

Um die Ausdrücke „vereiteln“ und „beeinträchtigen“ zu prüfen, stellen wir die Fälle zusammen, in denen das Gesetzbuch von „Beeinträchtigung“ resp. „Vereitelung“ spricht: es kommen in Betracht die §§ 12, 35, 160 I, 161 I, 229, 577, 883 II, 906, 1004, 1027, 1028, 1039 II, 1227, 2113 I, 2115, 2289 B.G.B.

Bei näherer Prüfung dieser Gesetzesstellen zeigt sich: dass beeinträchtigt, d. h. teilweise unmöglich gemacht oder vereitelt, d. h. völlig unmöglich gemacht werden kann für den Gläubiger

1. das Recht selbst oder
2. die Ausübung des Rechtes.

In unserem Falle (§ 883, II B.G.B.) handelt es sich um eine Beeinträchtigung oder Vereitelung des Anspruches selbst durch eine Verfügung, d. h. in diesem Falle ein Rechtsgeschäft, welches eine Veräusserung, Belastung oder sonstige Rechtsänderung bez. des Grundstückes vornimmt.

Zusammenfassend können wir also sagen:

> Wer seinen Anspruch durch Vormerkung sichern lässt, hat den Schutz seines Rechtes im Auge. Zu diesem Zwecke lässt er es verlautbaren durch das Grundbuch als eine Warnung für Dritte: jeder, der eine dingliche Rechtsänderung an dem betreffenden Grundstücke vornehmen will, soll dies vorgemerkte Recht mit in Betracht ziehen, als ob es schon als dingliches Recht eingetragen wäre; versäumt er es, so tut er es auf eigene Gefahr hin.

Obwohl der durch die Vormerkung Gesicherte vorläufig nur einen persönlichen Anspruch hat, geniesst er doch einen

ungewöhnlich weitgehenden Schutz, so dass wir die Frage aufwerfen müssen, wodurch jener erfolgt; ob die Vormerkung den alten persönlichen Anspruch lediglich qualifiziert, d. h. ihm einige neue, eigentümliche Eigenschaften beilegt, oder ob die Vormerkung dadurch den Schutz bietet, dass sie dem Gläubiger ein schützendes Recht verleiht — eine für das Wesen der Vormerkung grundlegende Frage, deren Beantwortung an dieser Stelle noch nicht möglich ist, die wir aber später näher prüfen werden.

Ausgehend von dem Grundsatze, dass es sich bei der Vormerkung lediglich um die Sicherung eines persönlichen Anspruches handelt, wollen wir nunmehr untersuchen, in welchen Bestimmungen des Gesetzes der obligatorische Charakter des Anspruches sich äussert, in welcher anderen er dagegen Wirkungen besitzt, die im allgemeinen dem persönlichen Anspruch fremd sind und lebhaft an die Eigenschaften des dinglichen Rechtes uns erinnern, um dann die Frage zu beantworten, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch wirklich noch ein persönlicher geblieben ist, oder ob er sich etwa in ein dingliches Recht verwandelt oder welchen rechtlichen Charakter er sonst angenommen hat.

III. Die Wirkungen der Vormerkung im besonderen

sind bedingt:

1. Durch die obligatorische Natur des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches.

a) Ausschluss der Anwendbarkeit des § 902 B.G.B.

§ 5.

Während nach § 902, I B.G.B. die Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen und laut § 902, II B.G.B. dasselbe gilt für das Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eingetragen ist, sind die durch Vormerkung

gesicherten Ansprüche nicht gegen die Verjährung geschützt.[15]) Ist also der Anspruch, welcher durch die Vormerkung gesichert werden soll, verjährt nach Massgabe der §§ 194ff. B.G.B., so kann laut § 886 B.G.B. derjenige, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung getroffen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen, da ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches dauernd ausgeschlossen wird (sog. peremtorische Einrede), die Einrede der Verjährung.

Diese Bestimmung des § 886 B.G.B., dass auf Grund einer peremtorischen Einrede die Löschung der Vormerkung verlangt werden kann, war durchaus erforderlich: denn wenn auch die peremtorische Einrede dauernd die Geltendmachung des Anspruches, für dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist, ausschliesst, so beseitigt sie doch nicht den Anspruch selbst; dieser bleibt bestehen, kann auch mit der Klage geltend gemacht werden; nur ist er mit der Schwäche behaftet, dass es im Prozesse nicht zu einer Verurteilung des Beklagten kommen kann, wenn dieser die Einrede der Verjährung geltend macht. An und für sich wäre also eine Sicherung auch des mit der Einrede der Verjährung behafteten Anspruches durch Vormerkung wohl denkbar, aber tatsächlich hat solcher mit einer peremtorischen Einrede behafteter Anspruch auf Einräumung etc. eines dinglichen Rechtes doch nur die Bedeutung eines nicht mehr bestehenden, erloschenen Anspruches: gerade im Immobiliarverkehr würde die Einrede der Verjährung ja jedesmal mit ziemlicher Sicherheit erhoben werden. Daher hat B.G.B. im § 886 den richtigen Weg eingeschlagen und die Möglichkeit gegeben, das Grundbuch zu befreien von vorgemerkten Ansprüchen, deren Geltendmachung doch illusorisch ist, und dadurch allem weiteren vorgebeugt.

[15]) Dies ist in der Wissenschaft allgemein anerkannt.

b) Ausschluss der grundbuchrechtlichen Fiktion bez. der vorgemerkten Ansprüche.

§ 6.

Nicht aber dürfen wir aus dieser Regelung des § 886 B.G.B. folgern:

Das B.G.B. hat dem durch die Vormerkung Betroffenen, welchem eine peremtorische Einrede gegen den gesicherten Anspruch zusteht, das Recht gegeben, von dem Gläubiger die Löschung der Vormerkung zu verlangen, weil die Vormerkung an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches (§ 892) teilnehme und ohne die Bestimmung des § 886 der gutgläubige Erwerber des betreffenden durch die Vormerkung gesicherten Anspruches sich darauf berufen könne, dass ihm gegenüber der Inhalt des Grundbuches als richtig gelte, wie Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes II, 1, S. 52 ff. annimmt: „Den Widersprüchen und Vormerkungen kommt die grundbuchrechtliche Fiktion ebenso zugut wie den endgültigen Eintragungen.“ Ebensowenig wie der Erwerber eines nicht eingetragenen, aber durch Eintragung eines Widerspruches geschützten dinglichen Rechtes sich für die Existenz dieses Rechtes auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches berufen darf, ebensowenig ist der Erwerber eines durch Eintragung einer Vormerkung gesicherten persönlichen Anspruches bezüglich des Bestehens dieses Anspruches durch § 891 B.G.B. geschützt. Weder die Eintragung solches Widerspruches noch diejenige einer Vormerkung begründen für das zu sichernde Recht die Vermutung des Bestehens, denn nur „wenn für jemand ein Recht im Grundbuche eingetragen ist, wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe“ (§ 891). Ein Recht ist aber in beiden Fällen nicht eingetragen, es müsste denn der persönliche Anspruch der Vormerkung zu einem *ius in re* geworden sein.[16]) Dass B.G.B. letztere Absicht nicht hatte, geht aus seinem Prinzip der scharfen Trennung von obli-

[16]) Uebereinstimmend Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 181.

gatorischem und dinglichem Rechte schon hervor, wenn auch noch zu prüfen sein wird, ob dieses Prinzip in unserer Materie ebenfalls scharf durchgeführt ist. Halten wir aber zunächst an dem rein obligatorischen Charakter des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches fest, so ist die Anwendbarkeit des § 891 B.G.B. auf ihn sicherlich ausgeschlossen. Und aus demselben Grunde nimmt der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auch nicht an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches teil: Die Vormerkung macht den Anspruch nicht zu einem Recht am Grundstücke, sondern sie soll eine künftige Eintragung nur vorbereiten. Für den Anspruch kommt noch gar nicht der öffentliche Glaube des Grundbuches in Betracht, denn dieser kommt ausschliesslich dinglichen Rechten zustatten, indem § 892 B.G.B. bestimmt „zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuches als richtig". Von dem Erwerber eines dinglichen Rechtes kann aber nicht die Rede sein, da eben das dingliche Recht noch gar nicht vorhanden ist.

Aus allem ziehen wir demnach die Schlussfolgerung:

Der durch die Eintragung einer Vormerkung gesicherte Anspruch nimmt an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht teil.[17])

Eine ganz andere Frage aber ist es, ob nicht die Eintragung einer Vormerkung den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber dem Erwerber eines dinglichen Rechtes am Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte ausschliesst. Da u. E., wie unten zu begründen, die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung darstellt, so ist gemäss § 892 S. 2 die zugunsten des Vormerkungsgläubigers bestehende Verfügungsbeschränkung über ein im

[17]) Uebereinstimmend die allgemein herschende Meinung. Abweichend neben Cosack besonders Fuchs a. a. O. S. 122 und S. 152, welcher einen Unterschied zwischen Vormerkung und definitive Eintragung nicht macht, soweit die Anwendung des § 892 in Frage steht.

Grundbuche eingetragenes Recht dem Erwerber gegenüber wirksam, da sie aus dem Grundbuche ersichtlich ist.[18])

c) Ausschluss des Berichtigungsanspruches.

§ 7.

Und als weitere Folgerung müssen wir aus unseren Ausführungen diese ziehen: Da wir geleugnet haben, dass der öffentliche Glaube des Grundbuches sich auch auf die Vormerkung erstrecke, müssen wir auch erklären, dass von einem Recht auf Berichtigung des Grundbuches nicht die Rede sein kann, soweit der Inhalt des Grundbuches nicht übereinstimmt mit dem Rechte, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen werden kann; denn der Berichtigungsanspruch hat zur Voraussetzung Gefährdung des Rechtes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches.

Schliessen wir die Vormerkung von dem öffentlichen Glauben des Grundbuches aus, so ist eine Gefährdung des Vormerkungsanspruches durch das Publizitätsprinzip einfach undenkbar, daher ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches unmöglich.

Nur dann besteht ein Anspruch auf Berichtigung, wenn das Recht auf Eintragung eines Widerspruches gegeben ist. Nur wenn ein am Grundstück bestehendes dingliches Recht durch das Publizitätsprinzip des Grundbuches, nach welchem ja dem gutgläubigen Erwerber gegenüber der Inhalt des Grundbuches als richtig gilt, gefährdet wird im Bestand, Rang oder Umfang, steht ein Recht auf Berichtigung dem Betroffenen zu.[19]) Aber dem durch die Vormerkung gesicherten Obligationsgläubiger kann unmöglich dieses Recht zugestanden werden: dieser bedarf eines anderen, ganz be-

[18]) Anders fast einheitlich die sonstige Literatur, welche in der Vormerkung keine Verfügungsbeschränkung erblickt und daher rundweg die Anwendbarkeit des § 892 auf die Vormerkung leugnet. Uebereinstimmend Turnau und Förster a. a. O. zu § 892 S. 207.

[19]) Ebenso Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 221; anderer Meinung Turnau und Förster a. a. O.

sonders gearteten Schutzes; gilt es doch bei seinem Anspruch, dem Eintragungsprinzip zu begegnen, d. h. soweit der Inhalt des Grundbuches einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung etc. eines dinglichen Rechtes gefährdet, ist das Grundbuch nicht unrichtig, ein Berichtigungsanspruch demnach ausgeschlossen. Von diesem Prinzipe des Ausschlusses der Grundbuchberichtigung aus dem Gebiete der Vormerkung muss im Interesse der Aufrechterhaltung der Wirkung der Vormerkung in einem anomal gestalteten Falle abgewichen werden, in welchem die Anwendung des § 888 B.G.B. unmöglich ist. Nicht erhält etwa in diesem Falle der Vormerkungsgläubiger einen Berichtigungsanspruch — das wäre nach den obigen Erörterungen über Voraussagungen und Wesen desselben undenkbar — sondern die Unanwendbarkeit des § 888, welcher sonst unter Eliminierung der Grundbuchberichtigung in vereinfachender Form dem Vormerkungsgläubiger zu der Eintragung verhilft, führt dazu, zunächst dem Vormerkungsschuldner einen Berichtigungsanspruch gegen den dritten Erwerber zu geben.

Dieser Fall liegt vor, wenn der Hauptanspruch, welcher durch die Vormerkung gesichert ist, nicht verjährt, dagegen der Anspruch des Vormerkungsgläubigers gegen den dritten Erwerber auf Zustimmung zu der zur Verwirklichung des Rechtes erforderlichen Eintragung resp. Löschung der Verjährung anheimgefallen ist.

Z. B.: Durch Klageerhebung gegen den alten Eigentümer, welcher die Vormerkung hat eintragen lassen, unterbricht der Vormerkungsgläubiger die Verjährung seines durch Eintragung der Vormerkung gesicherten Anspruches, erachtet es aber für überflüssig, das gleiche auch dem Dritten gegenüber zu tun, so dass der Anspruch auf Zustimmung, welchen er gegen den Letztgenannten hat, verjährt.

In diesem Falle kann der Vormerkungsgläubiger nicht auf dem oben dargestellten Wege des § 888 B.G.B. zu seinem Rechte, d. h. zu der Eintragung resp. Löschung kommen, da er die hierzu erforderliche Zustimmung des

Dritten nicht mehr im Klagewege zu erzwingen vermag, falls dieser die Einrede der Verjährung geltend macht.

Um auch in diesem Falle die Wirkung der Vormerkung zu erhalten, müssen wir uns vergegenwärtigen, dass § 888, I B.G.B. im Interesse einer vereinfachten Durchführung des Vormerkungsanspruches gegeben ist, dass unnötige Kosten und Zeit gespart werden sollen. Wo aber eine solche Vereinfachung durch die Sachlage unmöglich gemacht ist, darf darum nicht die Unanwendbarkeit des § 888, I B.G.B. die Wirkungen der Vormerkung ausschliessen, sondern in diesem Falle muss der Weg beschritten werden, welcher der einzig mögliche wäre, falls B.G.B. nicht § 888, I aufgenommen hätte, d. h. es muss Abhilfe geschaffen werden durch das Mittel der Grundbuchberichtigung; mag dieser Weg auch ein umständlicher und kostspieliger sein, so führt er doch zum Ziele.

Nehmen wir als Beispiel wiederum die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Auflassung, so hat der Dritte, welchem der Vormerkungsschuldner trotz der Vormerkung aufgelassen hat und welcher bereits als Eigentümer eingetragen ist, trotz der Eintragung dem Vormerkungsgläubiger gegenüber, welcher das ihm durch Vormerkung geschützte Recht geltend macht, nicht das Eigentum am Grundstück erworben, weil die Auflassung relativ, d. h. dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam ist.

Hier müssen wir die Frage stellen, ob ebenso wie die Verfügung relativ unwirksam ist, auch die auf Grund dieser Verfügung erfolgte Eintragung und damit das Grundbuch selbst relativ unrichtig ist; d. h. es ist zu erörtern, ob ein Begriff der relativen Unrichtigkeit des Grundbuches existiert.

Wir gehen von dem Gedanken aus, dass das Recht des B.G.B. der Eintragung nicht die Kraft zuerteilt, ohne Rücksicht auf die ihr zugrunde liegenden Verfügungen und unberührt durch deren Mängel, unumstössliche Rechte zu begründen:

Wem die Bestellung einer Hypothek abgezwungen ist, der kann nicht nur den dinglichen Vertrag wegen Zwanges

anfechten, sondern er kann auch zugleich im Wege der Grundbuchberichtigung die auf Grund eines abgezwungenen Vertrages erfolgte Eintragung einer Hypothek wieder löschen lassen.

Nicht ist es der Zweck unseres Grundbuches, durch die Eintragung die Geltendmachung der Geschäftsmängel abzuschneiden, zum Nutzen derer, die glücklich die Eintragung erlangt haben, sondern nur Dritte, welche durch Rechtsgeschäft gutgläubig Rechte am Grundstück oder Rechte an solchen Rechten erwerben, sollen sich auf die Richtigkeit des Grundbuches verlassen können. Abgesehen von diesem öffentlichen Glauben soll das Grundbuch ein Bild der wirklichen Rechtslage sein. Wie die Eintragungen auf Verfügungen beruhen, so sollen sie auch von derem Schicksal abhängig sein und bleiben: ist die Verfügung nichtig, so ist auch der Eintragung der Boden entzogen und das Grundbuch ist unrichtig geworden; ist die Verfügung nur relativ unwirksam, so ist wiederum die Eintragung unhaltbar, das Grundbuch wiederum unrichtig.

Wie aber unterscheiden sich beide Fälle der Unrichtigkeit des Grundbuches?

Finden wir wie bei der Verfügung auch im Grundbuche den Unterschied von absoluter Nichtigkeit und relativer Unwirksamkeit in Form von absoluter und relativer Unrichtigkeit des Grundbuches wieder? Mit einem „Nein“ antworten wir auf diese Frage aus folgenden Gründen: Wie aus § 894 B.G.B. zu entnehmen ist, liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuches dann vor, wenn der Inhalt des Grundbuches in Ansehung des Rechtes an einem Grundstück usw. mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklag steht. Wie dieser Zwiespalt entstanden ist, bleibt ohne Bedeutung, es genügt die Tatsache, dass wirkliches Recht und Buchrecht nicht miteinander übereinstimmen. Das tritt aber nicht nur ein bei absoluter Nichtigkeit einer Verfügung, sondern auch bei relativer Unwirksamkeit: ist diese vorhanden, so ist das Buch unrichtig, ebenso unrichtig, wie im Falle der Nichtigkeit. Wozu auch sollte der Begriff der relativen Unrichtig-

keit des Grundbuches dienen? Nur dann hätte er Berechtigung, wenn er im Berichtigungsanspruche zur Wirkung käme. Aber gerade hier versagt er als überflüssig. Der Berichtigungsanspruch steht demjenigen zu, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist. Völlig aber bleibt ohne Bedeutung, aus welchem Grunde dieser Zustand entstanden ist: das dingliche Recht einerseits und die jenes gefährdende Eintragung resp. Löschung andererseits sind alleinige Voraussetzungen für den Berichtigungsanspruch.

Die Unrichtigkeit des Grundbuches, welche darin besteht, dass das Grundbuch als Eigentümer den dritten Erwerber ausgibt, während nach wirklicher Rechtslage der Vormerkungsschuldner infolge der dem Vormerkungsgläubiger gegenüber bestehenden Unwirksamkeit der Verfügung Eigentümer des Grundstückes im Verhältnis zum Vormerkungsgläubiger geblieben ist, gibt dem Vormerkungsschuldner einen Berichtigungsanspruch gegen den dritten Erwerber, damit er nach erfolgter Grundbuchberichtigung an den Vormerkungsgläubiger auflassen kann. Derjenige also, gegen welchen die Vormerkung eingetragen wurde, ist im vorliegenden Falle verpflichtet, zunächst eine Grundbuchberichtigung herbeizuführen, um alsdann seine Verpflichtung dem Vormerkungsgläubiger gegenüber erfüllen zu können.

d) Uebergang des durch Vormerkung gesicherten Anspruches: Zession und Erbgang.

§ 8.

Wie regelmässig jedes Forderungsrecht, so ist auch der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch übertragbar auf dem Wege der Abtretung (Zession) vgl. § 398 B.G.B.; mit dem Abschlusse des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen (§ 398 Satz 2). Diese Zessibilität des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erkannten schon Dernburg und Hinrichs: Preuss. Hypothekenrecht Bd. I, S. 345 ff. an und erklärten auch die Eintragung solcher

Zessionen für unbedenklich, ja sogar wünschenswert, weil sie „dem Interesse aller Beteiligten und der öffentlichen Ordnung entspräche". Dass der Zessionar nicht mehr Recht beanspruchen kann als sein Gewährsmann, der ursprünglich durch die Vormerkung Gesicherte, ist selbstverständlich und ergibt sich deutlich aus Satz 2 des § 398, so dass der Zessionar alle dem Zedenten entgegenstehenden Einwendungen gegen sich gelten lassen muss (§ 404).

Hat der durch die Vormerkung Gesicherte seinen Anspruch, welcher z. B. auf Auflassung geht, zediert, so geht er über auf den Zessionar zusammen mit der Sicherung.[20]) Uebergehen können aber nur Rechte, wie sich aus der Fassung des § 401 ergibt, welcher mit der Forderung übergehen lässt: Hypotheken oder Pfandrechte, Rechte aus der für die Forderung bestellten Bürgschaft und Vorzugsrechte, die für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses bestehen — also ausschliesslich Rechte.

Das ist der Punkt, bei welchem angelangt, wir gezwungen werden zur Konstruktion eines besonderen Rechtes.[21]) als Ausfluss der Vormerkung: eines Sicherungsrechtes; als dessen Uebergang müssen wir das Uebergehen der Sicherung konstruieren (siehe unten).

Es fragt sich, ob die Umschreibung nur mit Zustimmung

---

[20]) So die herrschende Meinung; vgl. besonders Planck a. a. O. II S. 185 und Mugdan, Materialien zum B.G.B. Band II S. 574.

[21]) Anderer Meinung Endemann a. a. O. Band 2_1 S. 250 und S. 253; Strecker a. a. O. S. 112; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 184; Predari a. a. O. S. 211 sieht in der Vormerkung „ein besonders geregeltes Sicherungsmittel dinglicher Natur". Auch Philipsen a. a. O. S. 50 leugnet ein „neben dem vorgemerkten Anspruch bestehendes selbständiges sicherndes Recht". Planck a. a. O. S. 95 spricht von einem „formellen Sicherungsmittel dinglicher Natur", lehnt also auch wohl die Annahme eines besonderen Rechtes ab. Uebereinstimmend Othmer a. a. O. S. 92/93, welcher, worauf unten näher eingegangen wird, ein dingliches Recht konstruiert. Fuchs a. a. O. („bedingtes dingliches Recht"); ausserdem Turnau und Förster („qualifiziertes Veräusserungsverbot"); Gierke; Stobbe-Lehmann („*ius ad rem*"); Oberneck („*obligatio in rem scripta*"); Cosack; Enneccerus und Lehmann („eigenartiges schirmendes dingliches Recht"); Jaeger („dingliches Sicherungsrecht eigener Art") an den angegebenen Orten.

des Grundstückseigentümers geschehen kann. Die Antwort hierauf lautet: wie die Zession selbst ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers geschehen kann, und regelmässig so geschieht, so auch die Umschreibung der Vormerkung: ohne Zustimmung des Eigentümers. Aber nicht jeder durch Vormerkung gesicherte Anspruch ist geeignet, auf den Namen des Zessionars umgeschrieben zu werden; sondern der Anspruch muss auf eine Leistung gehen, welche nicht an die Person gebunden ist. Das trifft z. B. zu für den oben gewählten Fall, in welchem ein Anspruch auf Auflassung übergeht zugleich mit den zedierten Rechten aus dem Kaufvertrage, was aber durchaus nicht immer zu geschehen braucht, da sehr wohl einzelne Rechte aus dem Kaufvertrage ausgenommen werden können von dem Uebergange.

In diesem Falle hat auch das Kammergericht (Entscheidung vom 14. März 1873; bei Johow IV, S. 96) in solchem Sinne entschieden: „Zediert der Käufer seine Rechte aus dem Kaufvertrage, so erwirbt der Zessionar auch den durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung, denn der Anspruch auf Auflassung ist nicht an die Person gebunden, also zedierbar. Daher kann die Vormerkung ohne Einwilligung des Eigentümers auf den Namen des Zessionars umgeschrieben werden, wenn der Berechtigte einwilligt."

Ebenso wäre es bei der Sicherung des Rechtes auf Eintragung: da auch dieser Anspruch übertragbar ist, kann auch in diesem Falle eine Umschreibung der Vormerkung erfolgen. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch ist regelmässig auch vererblich: er geht beim Tode des Vorgemerkten an dessen Erben über, und diese können Umschreibug der Vormerkung auf ihren Namen verlangen (wie oben bei Zession). Schwierigkeiten aber entstehen sowohl bei der Zession als auch beim Erbgange, wenn eine Vereinigung der Forderung und Schuld in einer Person zustande kommt:

1. Dem Grundeigentümer zediert der Vorgemerkte seinen durch die Vormerkung gesicherten Anspruch;

2. der Grundstückseigentümer übereignet das fragliche Grundstück dem Vorgemerkten;
3. der Grundeigentümer beerbt den Vorgemerkten oder umgekehrt.

ad 1. Erwirbt der Grundeigentümer durch Abtretung den durch Vormerkung gesicherten Anspruch z. B. auf Auflassung, so stünde ihm damit ein Forderungsrecht gegen sich selbst zu, und dies ihm gegen sich zustehende Recht wäre gegen seinen eigenen Inhaber gesichert. Das ist natürlich ein Unding, die Sicherung der Auflassung und die ihr dienende Vormerkung haben nur so lange Bedeutung und Sinn, als Berechtigter und Verpflichteter verschiedene Personen sind. Das ist ein neues Beispiel für die Berechtigung des Satzes: niemand kann zugleich Gläubiger und Schuldner derselben Obligation sein; im Falle der Konfusion erlischt die Obligation. Wie sollte auch im Falle der Vormerkung des Anspruches auf Auflassung der Eigentümer, der als solcher im Grundbuch eingetragen ist, an sich selbst auflassen und sich noch einmal als Eigentümer eintragen lassen?

Der Anspruch ist vielmehr erloschen und damit die Vormerkung bedeutungslos geworden, denn diese setzt nach dem Gesetzestexte einen Anspruch voraus: „zur Sicherung des Anspruches kann eine Vormerkung eingetragen werden".

Wie aber, wenn der zedierte Anspruch auf Einräumung einer Hypothek geht?

Unwillkürlich denken wir an die Bestimmung des § 1163, nach welcher der Eigentümer die Hypothek erwirbt, falls die Forderung erlischt.

Während bei der Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Auflassung das gewonnene Resultat ein befriedigendes zu nennen ist, erscheint die Sachlage ganz anders, falls es sich um eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Bestellung einer Hypothek handelt oder auf Veränderung des Inhaltes oder Ranges einer solchen.

Ist der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Einräumung einer Hypothek dem Grundeigentümer zediert, so ist damit die Sicherung des Anspruches durchaus nicht

überflüssig geworden: unmöglich freilich ist sie gegen den Eigentümer selbst geworden: darin aber erschöpft sich nicht die Wirkung der Vormerkung: Die Vormerkung soll vielmehr den Anspruch gegen jede anderweitige Verfügung schützen, besonders auch gegen solche der Gläubiger des Eigentümers.[22])

Wie wesentlich ist daher für den Eigentümer gerade in diesem Falle der Fortbestand der Vormerkung: erhält sie ihm doch bei der Subhastation des Grundstückes eventuell die Hypothek, da vorgemerkte Rechte wie eingetragene Rechte zu behandeln sind bei Feststellung des geringsten Gebotes.[23])

Trotzdem aber glauben wir, dass auch hier die obligatorische Natur des Anspruches den Ausschlag geben muss, wenn wir mit dem Gesetzestexte im Einvernehmen bleiben wollen; dieser aber hat, wie bereits oben dargestellt, das Bestehen eines Anspruches als Voraussetzung für die Vormerkung: wo kein Anspruch, da keine Vormerkung.

ad 2. Zu demselben Resultat gelangen wir auch, wenn der Grundeigentümer dem Vorgemerkten das Grundstück veräussert, es ihm auflässt und die Eintragung des Eigentumsüberganges geschieht, wobei naturgemäss als vorgemerkter Anspruch der Anspruch auf Auflassung und Eintragung nicht in Frage kommt.

ad 3. Ebenso verhält es sich, wenn Grundstückseigentümer und durch Vormerkung Gesicherter einander beerben.

Auch hier muss mit dem Erlöschen des Forderungsrechtes die Vormerkung gegenstandslos werden, sowohl bei dem Anspruch auf Auflassung, als auch in allen Fällen, in welchen an sich auch dem Eigentümer eines Grundstückes neben seinem Eigentum besondere buchmässige Rechte an seinem Grundstück zustehen können, unter welchen besonders wichtig erscheint der oben beispielsweise erwähnte Anspruch auf Bestellung einer Hypothek.

[22]) Näheres siehe unten.

[23]) Näheres siehe unten.

Da, wie oben ausgeführt, die Vormerkung nicht teilnimmt an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches, so bleibt die Richtigkeit des Grundbuches auch unberührt von etwaigen Veränderungen, die mit dem Vormerkungsanspruche geschehen, so besonders im Wege der Zession und des Erbganges.

Der obligatorische Anspruch verliert durch die Eintragung der Vormerkung nicht seinen obligatorischen Charakter. Dieser Grundsatz ist den voraufgegangenen Ausführungen zugrunde gelegt und war der Ausgangspunkt für die überwiegende Mehrheit der Theorien in unserer Materie. Die Minderheit der Autoren, welche das dingliche Recht in irgend einer Form vertraten, stiessen in der übrigen Literatur auf den heftigsten Widerspruch: Die Cosack-Theorie „eines beschränkten dinglichen Rechtes",[24]) diejenige von Fuchs „eines bedingten dinglichen Rechtes"[25]) und auch die Theorie Jaegers vom „dinglichen Vormerkungsrecht"[26]) wurden durchweg als mit dem Gesetzesinhalt unvereinbar abgelehnt.[27])

Neuerdings vertritt Othmer in seiner Abhandlung „Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht" die Ansicht, dass „die Vormerkung, abgesehen von den Vermutungen des § 891, dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung hat",[28]) und dass „das vorgemerkte Recht bereits das Sachenrecht selbst ist".[29]) Es ist deshalb erforderlich, an der Hand der Ausführungen Othmers im besonderen zu widerlegen, was bereits in genereller Weise durch die obigen Ausführungen geschehen ist, dass nämlich durch die Vormerkung das obligatorische Recht zu einem dinglichen wird.

Schon der Umstand, dass Othmer selbst naturgemäss die Anwendbarkeit des § 891 B.G.B. auf das vorgemerkte,

[24]) Cosack a. a. O. S. 25.

[25]) Fuchs a. a. O. S. 113.

[26]) Jaeger a. a. O. S. 188.

[27]) So insbesondere von Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 178ff.; vgl. auch Othmer a. a. O. S. 42ff.

[28]) Othmer a. a. O. S. 67.

[29]) Othmer a. a. O. S. 82/83.

nach seiner Konstruktion bereits dingliche Recht ausschliesst, muss Bedenken gegen die Richtigkeit seiner Konstruktion hervorrufen. Denn es ist nicht einzusehen, warum in diesem Falle § 891, der doch für alle im Grundbuche eingetragenen dinglichen Rechte zutrifft, eben für das vorgemerkte Recht nicht gelten sollte.

Die Erklärung, dass die Nichtanwendbarkeit des § 891 auf das vorgemerkte Recht darin begründet ist, dass dieses durch die Eintragung der Vormerkung noch nicht zum dinglichen Rechte geworden ist, liegt doch recht nahe.

Aber noch mehr als dieses sprechen gegen Othmer die Grundlagen, auf denen er seine Konstruktion aufbaut.

Aus dem Inhalte des § 884 B.G.B.: „Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen"; ferner aus § 48 Z.V.G.: „Bedingte Rechte sind wie unbedingte, Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruches oder einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen"; ferner aus § 24 K.O.: „Ist zur Sicherung eines Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruches auf Aenderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruches verlangen . . ." glaubt Othmer das Wesen der rechtlichen Wirkung der Vormerkung herleiten zu müssen. Für ihn verliert, soweit es sich um die Konstruktionsfrage handelt, § 883, II B.G.B. jede Bedeutung.[30]) Nach seiner Ansicht besteht vielmehr zwischen der Wirkung der Vormerkung nach § 883, II B.G.B. und derjenigen aus § 884 B.G.B., § 24 K.O. und § 48 Z.V.G. kein Art-, sondern nur ein Mass-Unterschied, indem die erstere die schwächere, die letztere die stärkere Form darstellt. Diese Ansicht Othmers

[30]) **Othmer a. a. O. S. 68.**

trifft u. E. nicht zu, sondern bei Lösung der Konstruktionsfrage dürfte der umgekehrte Weg als der richtigere zu bezeichnen sein.

Wenn das Gesetz im § 883, II B.G.B. in allgemeiner Weise die rechtliche Wirkung der Vormerkung festlegt, so schaffen andere Gesetzesbestimmungen, welche Sonderfälle regeln, diesen § 883, II B.G.B. nicht aus der Welt, sondern er bleibt, weil generell gefasst, grundlegend und hat deshalb naturgemäss als Konstruktionsbasis zu dienen. Hiermit soll nicht behauptet werden, dass die §§ 884 B.G.B., 24 K.O. und 48 Z.V.G. regelwidriges Recht enthalten, denn das Recht der Vormerkung umfasst ja nicht nur den Inhalt des § 883, II B.G.B., sondern auch sämtliche übrigen die Vormerkung behandelnden gesetzlichen Bestimmungen, darunter auch diejenigen der genannten Paragraphen.

Nicht nur ein Massunterschied besteht zwischen den Wirkungen der einzelnen diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen, vielmehr hat das Gesetz der Vormerkung in den Sonderfällen des Konkurses, der Zwangsvollstreckung und des Erbganges besondere Wirkungen beigelegt, die ihr nach § 883, II nicht eigentümlich wären. Diese Sonderwirkungen stellen nicht abnormes Recht dar; sie gehören vielmehr zu den Wirkungen der Vormerkung, sind wesentlich für die Erkenntnis ihrer rechtlichen Natur und müssen bei der Konstruktionsfrage in Betracht gezogen werden zur Ergänzung, vielleicht sogar in der Bedeutung ebenso hoch zu bewerten wie der Inhalt des § 883, II B.G.B., nimmermehr aber fähig, diesen bei Lösung der Konstruktionsfrage zu eliminieren.

Othmer befindet sich daher u. E. auf falschem Wege, wenn er annimmt, aus dem Inhalte der §§ 884 B.G.B., 24 K.O. und 48 Z.V.G. eine Konstruktion entwickeln zu können, und ist deshalb auch u. E. zu einem unrichtigen Ergebnisse gelangt, welches allerdings nach dem Inhalte der von Othmer zur Grundlage für seine Konstruktion gewählten Gesetzesbestimmungen sehr naheliegend war, indem er das vorgemerkte Recht für ein dingliches erklärte.

Ist bei dieser Konstruktion einerseits die Bedeutung des § 883, II B.G.B. nicht berücksichtigt worden, so spricht gegen die Richtigkeit des auf solchem Wege erzielten Resultates ferner der § 886 B.G.B.

Wie oben dargestellt, unterliegt der durch Vormerkung gesicherte Anspruch der Verjährung, und kann deshalb im eingetretenen Falle der Betroffene nach § 886 B.G.B die Beseitigung der Vormerkung von dem Gläubiger verlangen. Freilich bestreitet Othmer, dass § 902 B.G.B. auf den durch Vormerkung gesicherten Anspruch nicht angewendet werden könne, indem er behauptet, dass bei Schweigen des Gesetzes die Frage nach der Verjährung des vorgemerkten Rechtes erst beantwortet werden könnte, wenn man die Wirkung der Vormerkung erkannt hat.[31]) Das liesse sich hören, wenn man im § 902 B.G.B. eine Lücke bezüglich der Vormerkung vermuten wollte. Das Schweigen des § 902 B.G.B. über die Vormerkung ist aber u. E ein beredtes,[32]) weil beabsichtigtes, da nach der Tendenz des B.G.B. ein Unterschied gemacht werden sollte zwischen dem durch Widerspruch gesicherten dinglichen und dem vorgemerkten Rechte. Wer freilich dem letzteren den Charakter des *ius in re* gibt, verwischt wieder den Unterschied und kommt in Gefahr, sich für die Richtigkeit seiner Theorie auf die im preussischen Recht herrschende diesbezügliche Meinung zu berufen.[33]) Aber auch über den Zweck der Vormerkung scheint es hinauszugehen, wenn man die Anwendbarkeit des § 902 B.G.B. auf den vorgemerkten Anspruch annehmen will. Die Vormerkung soll, wie oben dargestellt, den Anspruch gegen die ihm durch das Eintragungsprinzip drohende Gefahr schützen. Hiermit steht in keinem Zusammenhang der Schutz gegen die Verjährung des Anspruches. Soll der vorgemerkte Anspruch der Verjährung entzogen sein, so bedürfte es einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, wie sie im § 902, II B.G.B. für das durch Eintragung eines Widerspruches geschützte

[31]) Othmer a. a. O. S. 70.

[32]) Vgl. hierzu die oben gegebene Darstellung.

[33]) Othmer a. a. O. S. 68.

Recht geschehen ist; eine analoge Anwendung der letzteren auf den vorgemerkten Anspruch ist u. E. bei der dargestellten grundlegenden Verschiedenheit beider Institute ausgeschlossen.[34])

Auch der Inhalt des § 888 B.G.B., dessen Wortlaut schon gegen Othmer spricht, scheint uns keinen indirekten Beweis für seine Theorien zu erbringen. Othmer argumentiert in folgender Weise: wer dem vorgemerkten Recht nicht die Eigenschaft des einzelnen Rechtes zuspricht, muss annehmen, dass auch § 876 B.G.B. auf den vorgemerkten Anspruch nicht Anwendung finden darf. Daher könnte z. B. ein Erbbaurecht, an welchem eine Hypothek — soll heissen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek — vorgemerkt ist, ohne Einwilligung des Vormerkungsberechtigten gelöscht werden. Da nun § 888 B.G.B. nur von dem mit der Vormerkung kollidierenden Erwerbe eines Rechtes, nicht aber von einer kollidierenden Aufhebung spreche, ergebe sich aus § 888 B.G.B. keine Möglichkeit, den Eigentümer des Grundstückes zu zwingen, seine Einwilligung zur Begründung eines neuen Erbbaurechtes zu geben.

U. E. gibt es sogar zwei Wege, die zu einem befriedigenden Ergebnisse führen, ohne dass man das vorgemerkte Recht als dingliches Recht ansehen müsste. Einmal dürfte es unbedenklich erscheinen, im § 888 B.G.B. die Bestimmungen über den kollidierenden Erwerb von Rechten analog auf die kollidierende Aufhebung anzuwenden; denn die Annahme erscheint wohl gerechtfertigt, dass Grund zur verschiedenen Behandlung beider Fälle nicht vorliegt, sondern bei der Redaktion die letztgenannte Erscheinungsform als verhältnismässig selten übersehen ist.

Aber selbst wenn diese u. E. unbedenkliche Analogie vermieden werden soll, bliebe immer noch ein Weg zur befriedigenden Lösung offen.

Nach unserer oben entwickelten Ansicht stellt § 888 B.G.B. lediglich eine im Interesse der vereinfachten Durch-

[34]) So auch die allgemein herrschende Meinung.

führung des Vormerkungsanspruches gegebene Gesetzesbestimmung dar; wo die Vereinfachung nicht möglich ist, tritt, wie in dem oben dargestellten Falle der Verjährung des dem Vormerkungsgläubiger im § 888 B.G.B. gegen den Erwerber gegebenen Anspruches auf Zustimmung wieder das umständliche Verfahren der Grundbuchberichtigung ein:

Die Löschung des Erbbaurechtes ist gemäss § 888, II B.G.B. dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam; insoweit ist der Inhalt des Grundbuches im Falle des § 894 C.P.O. unrichtig, der Erbbauberechtigte dem Eigentümer gegenüber nach § 894 berechtigt und dem Vormerkungsgläubiger gegenüber verpflichtet, im Wege der Grundbuchberichtigung sein Erbbaurecht wieder eintragen zu lassen und dem Vormerkungsgläubiger gegenüber seine Verpflichtung zu erfüllen.

Auch § 888 B.G.B. kann somit der Theorie Othmers keine Stütze geben, vielmehr spricht er direkt gegen die Verdinglichung des durch Vormerkung gesicherten Anspruches: denn wozu brauchen wir in diesem Falle überhaupt den § 888 B.G.B.? Wäre das vorgemerkte Recht bereits ein dingliches Recht, so hätte ja der Vormerkungsgläubiger schon aus § 894 das Recht auf Grundbuchberichtigung und § 888 B.G.B wäre für ihn überflüssig.

Wir bleiben also dabei:

> Das durch Eintragung einer Vormerkung gesicherte Recht wird nicht zum *ius in re,* wenn auch der gesicherte Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung Wirkungen erhält, wie sie sonst dingliche Rechte aufweisen.

2. Durch den Zweck der Sicherung.

Der persönliche Anspruch wird gegen den Vertragsschuldner geltend gemacht, falls dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllt, z. B. das verkaufte Grundstück nicht an den Käufer auflässt, die Hypothek nicht bestellt usw., oder durch andere Verfügungen den Berechtigten schädigt.

Damit aber wäre dem Anspruch nicht genügende Sicherung gegeben: er muss auch geschützt werden gegenüber jedem Dritten, zu dessen Gunsten eine Verfügung getroffen worden ist, welche den Anspruch des Berechtigten beeinträchtigen würde.

a) Uebersicht über die möglichen Arten der Sicherung.

§ 9.

Nach Achilles[35]) ist dieses Ziel auf zwei Wegen zu erreichen:

> entweder legt man dem obligatorischen Anspruch Rechtswirkung gegen Dritte bei, geht aber hierüber nicht hinaus;
> oder man gibt dem Anspruch unter der Voraussetzung künftiger Liquidestellung die Wirkungen des dinglichen eingetragenen Rechtes.

Damit sind jedoch die Möglichkeiten nicht erschöpft, denn es könnte auch die Regelung gewählt werden, dass der Dritte in die Obligation eintreten muss, wie dies beim *ius in rem scriptum* geschieht (siehe unten!). Will man den Anspruch mit Rechtswirkung gegen Dritte ausstatten, so verstösst man damit gegen das Prinzip, dass die Obligation nur unter den Parteien Rechtswirkung erzeuge. Auch dürfte dann entsprechend eine den Vormerkungsanspruch verletzende Verfügung nicht eingetragen werden, da ja, wie oben ausgeführt, die Kenntnis vom Bestehen eines obligatorischen Anspruches den guten Glauben des Erwerbers nicht ausschliesst, trotzdem aber der Erwerber obligiert sein soll.

So verfuhr auch in der Tat das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch, und es musste konsequent erklären, dass mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Vormerkung ihre Wirkung verliert.[36]) Verleiht man dagegen dem vorgemerkten Anspruch volle Dinglichkeit, so wirkt sie natürlich auch im Konkurse.

---

[35]) Achilles, Rechtsschutz durch vorläufige Einschreibungen, S. 325.

[36]) Vgl. § 408 des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs.

b) Die Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das B.G.B. hat einen Mittelweg eingeschlagen:

Wie aus den unter III, 1 oben gemachten Ausführungen hervorgeht, bewahrt der Anspruch seinen persönlichen Charakter; er erhält nicht mit der Eintragung der Vormerkung eine suspensiv bedingte Dinglichkeit — träfe letzteres zu, so könnte der durch Vormerkung gesicherte Anspruch nicht der Verjährung unterliegen! — sondern B.G.B. gibt dem persönlichen Anspruch einen gewissen weitgehenden Schutz. Wie weit dieser Schutz reicht, soll durch die folgenden Ausführungen dargelegt werden.

§ 883, II B.G.B. bestimmt:

> „Eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt."

Und § 881, I B.G.B. sagt:

> „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung erlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist."

a) Bei der Verfügung durch den Eigentümer.

§ 10.

Der Eigentümer *X*, gegen welchen eine Vormerkung eingetragen ist zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung der II. Hypothek von 50 000 Mark an *A*, hat dem *B* diese II. Hypothek bestellt und die Eintragung im Grundbuche vornehmen lassen; ist aber der vorgemerkte Anspruch zur endgültigen Eintragung reif, z. B. der künftige Anspruch ist

zu einem gegenwärtigen, der bedingte zu einem unbedingten geworden, und erfolgt dann die Eintragung des Rechtes laut § 873 B.G.B. auf Grundlage der Eintragungsbewilligung resp. deren Ersatzes, des rechtskräftigen Urteils, welches den Eigentümer dazu verurteilt (§ 894 C.P.O.), so ist die gegen den Vormerkungsanspruch verstossende Verfügung insoweit unwirksam, und der durch die Vormerkung Gesicherte *A* erhält gemäss § 883, III B.G.B. seine II. Hypothek von 50 000 Mark.

Hat der Grundstückseigentümer *X*, entgegen der eingetragenen Vormerkung des *A*, zur Sicherung des Anspruches auf Auflassung das Grundstück an *B* aufgelassen und ihn als Eigentümer eintragen lassen, so ist laut § 883, II B.G.B. diese neue Verfügung unwirksam, soweit sie den Anspruch des *A* vereiteln oder beeinträchtigen würde. Ist also der Anspruch des *A* klargestellt und sein Recht eintragungsfähig, so kann er von *X*, welcher ja — wie bereits oben ausgeführt — insoweit Eigentümer geblieben ist, die Auflassung und Eintragung verlangen und von *B* die Zustimmung zu der Eintragung des Eigentumsüberganges an sich, *i. e.* den Vorgemerkten fordern.

Für das preussische Recht wurde angenommen, dass der Vorgemerkte in diesem Falle zunächst die Löschung des gegen seinen Anspruch verstossenden eingetragenen dinglichen Rechtes verlangen könnte, und es wurde darüber gestritten, wer zur Abgabe dieser Bewilligungserklärung verpflichtet sei.

Eccius[37]) nimmt an, dass der alte Eigentümer — der Vertragsschuldner — zu dieser Bewilligung verpflichtet sei; denn das Grundstück sei nicht litigiös, also der (alte) § 237 C.P.O. nicht anwendbar, da es sich nicht handele um eine Verpflichtung, welche auf dem Grundstücke ruhen soll.

Die Rechtsprechung jedoch nahm die Verpflichtung des neuen Eigentümers zur Erteilung der Bewilligung an, ebenso Achilles:[38])

[37]) Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht III § 199 Anmerkung 40.

[38]) Achilles, Preuss. Gesetz über Eigentumserwerb zu § 8.

„Hat derjenige, gegen welchen die Vormerkung auf Auflassung eingetragen ist, das Grundstück anderweitig aufgelassen, so kann das gegen ihn auf Grund des vorgemerkten Rechtes von dem Berechtigten erstrittene Urteil auch gegen seinen Singularsukzessor vollstreckt werden."

Hat aber z. B. der alte Eigentümer nach Eintragung der Vormerkung und vor der Auflassung das Grundstück mit einer neuen Hypothek belastet, und verlangt der Vorgemerkte Löschung dieser Hypothek, so müsste er nach Achilles eine besondere Klage gegen den betreffenden Hypothekargläubiger auf „Einwilligung zur Löschung der Hypothek" erheben, „weil aus dem Urteile (d. h. im Prozesse zwischen Vorgemerktem und altem Eigentümer ergangen) nur das gefordert werden könne, wozu der Richter verurteilt hat (*i. e.* Auflassung)".

Dernburg und Hinrichs[39]) entscheiden sich dahin, dass gegen dritte Personen der Berechtigte sein Recht durch besondere Prozesse zur Geltung zu bringen habe, nachdem er zuvor eine Verurteilung des Bucheigentümers erreicht hat.

Es könnten aber mit dieser letzteren Klage gegen den ursprünglichen Vertragsgenossen die Klagen gegen dessen Rechtsnachfolger und Hypothekengläubiger verbunden werden, welche erst nach der Eintragung der Vormerkung ihre buchmässigen Rechte erworben hätten.

Auch für das geltende Recht ist das Grundstück nicht als im Rechtsstreite befangen im Sinne des § 266 C.P.O. anzusehen, daher nicht der Nachfolger des Grundstückseigentümers auf Antrag des Vorgemerkten verpflichtet, den Rechtsstreit in der jeweiligen Lage als Hauptpartei zu übernehmen.[40])

Aber für das B.G.B. kommt diese Frage gar nicht mehr

---

[39]) Dernburg und Hinrichs, Preuss. Hypothekenrecht I S. 382.

[40]) Uebereinstimmend Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S.216; Eccius in Gruchots Beiträgen Band XLIV S. 765. Anderer Meinung Fuchs a. a. O. S. 119; Turnau und Förster a. a. O. S. 178, und Dernburg, Sachenrecht S. 152.

in Betracht: B.G.B. spricht nicht von „Einwilligung“, sondern kennt nur „Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist“ (§ 888, I B.G.B.) d. h. eine akzessorische Willenserklärung: die Bestellung der Hypothek ist nichtig, da die ganze Verfügung unwirksam ist, und ein Recht ist im Grundbuch eingetragen, welches in Wirklichkeit nicht besteht. Laut § 435 kann in diesem Falle der Käufer — der Vorgemerkte — vom Verkäufer die Löschung dieser Hypothek und von demjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung geschehen ist, die Zustimmung hierzu verlangen. Der „Erwerber“ des dem Vormerkungsanspruche widerstreitenden Rechtes spielt eine sekundäre Rolle: er muss seine Zustimmung geben, die freilich nach § 19 G.B.O. für die Eintragung unerlässlich ist (vgl. oben!).

Auch beim Verkaufe des Grundstückes äussert sich die „dingliche“ Wirkung der Vormerkung: wie der Verkäufer verpflichtet ist, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld zu beseitigen, muss er auch die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Bestellung eines dieser Rechte zur Löschung bringen (§ 439, II B.G.B), entsprechend dem im § 434 aufgestellten Grundsatze. Nirgends aber zeigt sich der Schutz, welcher dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruche zuteil wird, deutlicher als in der Subhastation und im Konkurse: auch durch Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter geschehen, soll der gesicherte Anspruch nicht vereitelt oder beeinträchtigt werden. Hier zeigt sich die notwendige Abweichung vom Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch § 406 am deutlichsten: nach sächsischem Rechte brauchte der Ersteher des Grundstücks in der Subhastation das vorgemerkte Recht nicht gegen sich gelten lassen; durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung hatte der mit Wirkung gegen Dritte zwar versehene, aber nur persönliche Anspruch seine Wirksamkeit verloren.

Anders nach den jetzt geltenden Bestimmungen des Z.V.G. und der K.O.

β) Bei der Subhastation.

§ 11.

Laut § 9 Z.V.G. gelten in dem Verfahren als Beteiligte auch diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerkes ein Recht im Grundbuche durch Eintragung gesichert ist: laut § 48 Z.V.G. sind Rechte, die durch eine Vormerkung gesichert sind, bei Feststellung des Mindestgebotes wie eingetragene Rechte zu behandeln und nach § 114 Z.V.G. sind die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche auch in den Teilungsplan aufzunehmen.

Zu einer Meinungsverschiedenheit ist es bez. der Frage gekommen, welches die Wirkung der Vormerkung auf Auflassung in der Zwangsversteigerung sei:

Cosack[41]) lehrt, dass die Gläubiger des Bucheigentümers trotz der Vormerkung des Anspruches auf Auflassung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben können, und dass diese Verfügung der Gläubiger genau so behandelt werden müsste, wie diejenige des Eigentümers selbst, also unwirksam ist, soweit sie den Anspruch des Vorgemerkten vereitelt oder beeinträchtigt, d. h. in diesm Falle im ganzen Umfange nichtig ist. Daher hat derjenige, welchem das Grundstück bei der Versteigerung zugeschlagen worden ist, nicht mit dem Zuschlage das Eigentum an dem betreffenden Grundstücke erworben, insoweit der vorgemerkte Anspruch hierdurch vereitelt würde. Ebensowenig, wie der alte Eigentümer insoweit wirksam das Grundstück hätte anderweit übereignen können, ebensowenig können es seine Gläubiger: auch ihre Verfügung (Versteigerung des Grundstückes und Uebereignung an den Meistbietenden) ist insoweit unwirksam: der Vertragsschuldner ist im Verhältnis zu dem Vorgemerkten noch Eigentümer; von ihm kann der Vorgemerkte daher die Auflassung fordern und von dem Meistbietenden, welchem in der Versteigerung der Zuschlag erteilt worden ist, die Zustimmung zu der Eintragung des Eigentumsüberganges an den Vorgemerkten verlangen.

---

[41]) Cosack a. a. O. II, 1 S. 52ff.

Diese Ansicht vertritt auch Dernburg,[42]) indem er ausführt, dass laut § 883, II B.G.B. der vorgemerkte Anspruch auch gegen den Ersteher des Grundstückes in der Subhastation wirke, es müsste denn der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger ein der Vormerkung vorgehendes Recht haben. Letzteres ist eine selbstverständliche Ausnahme, da der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch im günstigsten Falle den gleichen Schutz geniessen kann, wie ein eingetragenes dingliches Recht, niemals aber einen weitergehenden, und selbst das eingetragene Recht dadurch untergeht, d. h. aufhört, an dem betreffenden Grundstücke zu bestehen, wenn der Gläubiger eines ihm im Range vorstehenden Rechtes die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt (§ 52, I Z.V.G.).

Im Gegensatz dazu steht Strecker.[43])

Ausgehend von der Annahme, dass der vorgemerkte Anspruch laut § 52, I und § 91 Z.V.G. mit dem Zuschlag erlösche, falls nicht etwa eine freiwillige Uebernahme stattgefunden hat — eine falsche Voraussetzung, weil, wie bereits oben ausgeführt, laut § 48 Z.V.G. der vorgemerkte Anspruch bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt, also auch vom Erwerber mit übernommen werden muss! — will Strecker die Vormerkung auf Auflassung zu einem der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechte im Sinne des § 28 Z.V.G. machen und den § 37 Ziffer 5 zur Anwendung bringen.

Unseres Erachtens liegt hierin ein Verkennen der rechtlichen Natur der Vormerkung: selbst wenn die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers wäre — was unten noch genauer zu untersuchen ist —, erscheint die Ansicht Streckers unhaltbar; ebenso wie der Eigentümer trotz der Vormerkung die Verfügung über sein Grundstück nicht verliert, sondern es veräussern und belasten kann, wobei allerdings seinen Verfügungen in einem gewissen

[42]) Dernburg, Sachenrecht, S. 150, und ebenso die herrschende Meinung.

[43]) Strecker a. a. O. S. 116.

Umfange die rechtliche Wirksamkeit fehlt, ebenso können auch seine Gläubiger vorläufig über das Grundstück verfügen, es zwangsweise verkaufen lassen; wieweit allerdings ihre Verfügung rechtlichen Bestand hat, zeigt sich erst später. Denn mit Recht soll auch in der Subhastation der Vormerkungsgläubiger eine bevorzugte Stellung vor den übrigen Gläubigern einnehmen, denen er zeitlich doch zuvorgekommen ist.

Die Berücksichtigung des vorgemerkten Anspruches auf Auflassung beim geringsten Gebot hat zur Folge, dass der „Ersteher" das Grundstück nach endgültiger Feststellung des Anspruches herausgeben muss.[44])

γ) Im Konkurse.

§ 12.

Während das Preussische Obertribunal III (5. Juli 1878) in Verkennung des rechtlichen Charakters der Vormerkung entschieden hatte, dass im Falle des Konkursausbruches über das Vermögen des Eigentümers, gegen welchen die Vormerkung eingetragen ist, das Recht auf Auflassung verloren geht, nehmen Koch[45]) und Förster-Eccius[46]) für das preussische Recht an, dass die Vormerkung infolge ihrer dinglichen Wirkung vom Konkurse nicht betroffen werde, der Berechtigte daher vom Konkursverwalter die Auflassung verlangen könnte.

Auch B.G.B. hat die Wirkung der Vormerkung im Konkurse zugelassen und dies für unbedenklich erachtet, da auch dem durch Arrest erworbenen Pfandrechte diese Wirkung zugestanden sei.[47]) Ergänzend greifen die Bestimmungen der K.O. ein: nach § 24 K.O. kann der vorgemerkte Gläubiger vom Konkursverwalter die Befriedigung seines durch

---

[44]) Vgl. hierzu für altes Recht Entscheidungen des Reichsgerichts VII S. 177, XVII S. 269, XXVII S. 238.

[45]) Koch a. a. O. I S. 678 ff.

[46]) Förster-Eccius a. a. O. III §§ 184 Note 66.

[47]) Vgl. Protokolle III S. 112 ff.

die Vormerkung gesicherten Anspruches verlangen,[48]) d. h. der Konkursverwalter ist verpflichtet zur Abgabe der Willenserklärung, die erforderlich ist zur Realisierung des vorgemerkten Anspruches, z. B. er muss auflassen an den Vorgemerkten, ihn als Eigentümer eintragen lassen, ihm die Hypothek eintragen lassen usw.; nach § 193 K.O. werden die Rechte der Gläubiger aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung durch den Zwangsvergleich nicht berührt.

Berücksichtigt man ferner, dass auch im Konkurse bei der Zwangsversteigerung, die in ein Grundstück betrieben wird, der vorgemerkte Gläubiger dadurch geschützt ist, dass sein Vormerkungsanspruch bei Feststellung des Mindestgebotes wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen ist (§ 48 Z.V.G. vgl. dazu oben), so kann man wohl sagen, dass auch im Konkurse dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch — obwohl er nicht berechtigt zu abgesonderter Befriedigung aus dem Grundstück,[49]) weil laut § 47 K.O. dies Absonderungsrecht nur denjenigen zusteht, welche ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben und solches Recht nach § 10 Z.V.G. die Ansprüche aus Rechten an dem Grundstück gewähren, die Vormerkung jedoch nicht den Anspruch zu einem Recht am Grundstück macht — eine bevorzugte Stellung eingeräumt worden ist.

---

[48]) Mit Recht hebt Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 180, hervor, dass § 24 K.O. überflüssig wäre, wenn die Vormerkung ein dingliches Recht an dem Grundstück wäre.

[49]) Anderer Meinung Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 200, woselbst er die von Fuchs a. a. O. S. 112 und Jaeger a. a. O. S. 119 und S. 191 vertretene Ansicht, dass die Vormerkung ein Aussonderungsrecht im Konkurse gewähre, als irrig zurückweist. U. E. ist zu unterscheiden: a) gerät der durch die Vormerkung auf Auflassung Verpflichtete in Konkurs und ist er noch selbst als Eigentümer eingetragen, so hat der Vormerkungsgläubiger keinen Aussonderungsanspruch, da der Verpflichtete wirklicher Eigentümer des Grundstückes ist; b) hat der Verpflichtete an einen Dritten übereignet und gerät dieser Dritte in Konkurs, so wäre er nach den früheren Ausführungen im Verhältnis zum Vorgemerkten nicht als Eigentümer anzusehen, was ein Aussonderungsrecht zur Folge hätte.

δ) Stellung der Erben des Eigentümers gegenüber dem Vormerkungsgläubiger.

§ 13.

Wiederum aus dem Zwecke der Sicherung hervorgegangen sind die Wirkungen, welche B.G.B. im § 884 der Vormerkung beigelegt hat:

> „Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe der Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen."

Da der durch Vormerkung gesicherte Anspruch ein Forderungsrecht bleibt trotz der Eintragung der Vormerkung, so müssten dem Erben des Verpflichteten eigentlich alle Einreden und Einwendungen zustehen, die sein Erblasser geltend machen konnte, und ausserdem diejenige der beschränkten Erbenhaftung aus Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs nach Massgabe des § 1975 ff. B.G.B.

Aber diese Berufung der Erben auf die Unzulänglichkeit des Vermögens soll für den durch Vormerkung gesicherten Anspruch nicht zulässig sein: Der vorgemerkte Anspruch hat schon das Grundstück speziell erfasst und hält es umfangen; wie er bei der Zwangsversteigerung gesichert wird durch Aufnahme in das Mindestgebot, soll auch beim Tode des Eigentümers das Grundstück unbeschränkt Befriedigungsobjekt sein.

So hat B.G.B. in diesem Falle die Vormerkung des Anspruches wie die Eintragung eines dinglichen Rechtes wirken lassen, genau so wie im § 1137 für die Hypothek, in welchem die Einrede des Erben, er hafte nur beschränkt, ausgeschlossen wird. Die gleiche Wirkung hat die Vormerkung, wenn folgender Tatbestand vorliegt: *X* verkauft dem *A* ein Grundstück und *A* lässt sich eine Vormerkung seines Anspruches auf Auflassung eintragen; hierauf bestellt *X* dem *B* eine Hypothek, *X* stirbt und wird von *C* beerbt. In diesem Falle kann *A* von *C* die Auflassung fordern und, da die Verfügung des *X*, der *B* eine Hypothek bestellt hat, unwirksam ist, also das für *B* eingetragene Recht nicht be-

steht, laut § 435, I B.G.B. die Löschung des nicht bestehenden Rechtes, wozu *B* seine Zustimmung geben muss. *B* hätte gegen *X*, also auch gegen seinen Erben *C*, den Anspruch aus dem Vertrage (ev. Schadensersatzklage).

Auch wenn die Hypothek bestellt würde, nach Abschluss des Kaufvertrages, aber vor Eintragung der Vormerkung,[50]) kommen wir zu einem befriedigenden Ergebnis. *A* könnte zwar von *X* nach § 439, II B.G.B. Beseitigung der Hypothek verlangen, da aber die Verfügung vor Eintragung der Vormerkung geschehen ist, ist sie dem Anspruche gegenüber nicht unwirksam, der Anspruch ihr gegenüber also auch nicht durch die Vormerkung gesichert. Wenn daher *A* von dem Erben *C* Löschung der Hypothek verlangt, so braucht *C* dies nur soweit tun, als seine beschränkte Erbenhaftung ihn dazu verpflichtet. Dies ist aber ganz in der Ordnung: nicht der durch Vormerkung gesicherte *A* wird durch die Erhebung der Einrede geschädigt, sondern lediglich der Gläubiger *A*; von einer Härte kann also auch in diesem Falle nicht gesprochen werden. Ergänzend muss in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass, entsprechend den Vorschriften der §§ 10 und 48 Z.V.G., nach § 1971 B.G.B. Gläubiger, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind, vom Aufgebot der Nachlassgläubiger unbetroffen bleiben.

IV. Die rechtliche Natur der Vormerkung.

Das Ergebnis der obigen Ausführungen ist dieses:

Die Vormerkung, bestimmt zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung, Aufhebung oder Veränderung eines dinglichen Rechtes, erscheint als eine Eintragung zur Sicherung eines zur endgültigen Eintragung noch nicht reifen Rechtes; dieser tatsächliche Vorgang der Eintragung der Vormerkung rüstet aber den persönlichen Anspruch mit Wirkungen aus, deren das Forderungsrecht sonst völlig entbehrt, indem sie dem persönlichen Anspruch einen weit-

[50]) Auf diesen Fall weist Endemann a. a. O. II § 65 Anmerkung 21 hin.

gehenden Schutz gewährt in der Art, wie ihn sonst nur dingliche Rechte besitzen. Zweifelsohne wird indessen durch die Vormerkung kein Recht am Grundstück begründet; der Anspruch bleibt vielmehr in seiner rechtlichen Natur ein obligatorischer und derselbe, der er vorher war. Aber die Vormerkung bringt diesen Anspruch in eine enge Beziehung zum Grundstück; welcher Art diese ist, wird noch zu prüfen sein. Noch zwar ist der Anspruch nicht zum *ius in re* geworden, denn das wird das Recht erst mit der Eintragung; aber die wichtigsten Wirkungen des dinglichen Rechtes sind ihm schon im voraus beigelegt. Ohne also zum dinglichen Recht geworden zu sein, hat der ursprünglich rein obligatorische Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung Wirkungen erhalten, wie sie sonst nur dingliche Rechte aufweisen.

1. Gestaltet die Vormerkung den Anspruch zu einem *ius ad rem?*

§ 14.

Daher liegt es sehr nahe, wenn einzelne Schrifsteller[51]) an das *ius ad rem* des preussischen Rechtes denken und den durch Vormerkung gesicherten Anspruch als *ius ad rem* konstruieren.

Das A.L.R. scheidet bekanntlich das „persönliche Recht zur Sache“ und das dingliche „Recht an der Sache“ und betrachtet, wie Dernburg[52]) ausführt, persönliche Rechte auf Leistung einer speziell bestimmten Sache als Titel zu deren Erwerb; aus dem obligatorischen Anspruch gegen den Vertragsgegner wird eine rechtliche Beziehung zu der Sache

[51]) So Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 21 Note 50: Das vorgemerkte persönliche Recht hat, so lebhaft dies in der Kommission bestritten wurde, die Natur eines *„ius ad rem“*; ebenso Enneccerus und Lehmann a. a. O. II S. 14 und auch Biermann, Sachenrecht, S. 35, während er in der Monographie, S. 177, diese Theorie aufgibt. Dernburg macht in seinem Sachenrecht dieser Konstruktion ebenfalls Zugeständnisse, ohne sie jedoch m. E. völlig zu akzeptieren, sondern er schwankt in ziemlich unbestimmten Ausdrücken zwischen den verschiedenen Theorien.

[52]) Dernburg, Preuss. Privatrecht I S. 74ff.

selbst, das *„ius ad rem"*, welches jeder Dritte beim Erwerbe der Sache respektieren, d. h. gegen sich gelten lassen muss, falls er beim Erwerbe die Existenz des Rechtes kannte. Das scheint recht gut für die Eigenart des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches zu passen.

Aber auch wenn wir nicht berücksichtigen wollten, dass die Protokolle III, 112ff. das *ius ad rem* grundsätzlich für das B.G.B. nicht anerkennen — denn mit Recht könnte man sagen, dass bindend für uns nur der Gesetzestext des B.G.B. in der Fassung der Publikation vom 18. August 1896 ist, nicht aber die Erwägungen, welche bei Beratung des Gesetzes angestellt und als wertvolle Beiträge zur Entstehungsgeschichte uns in den Motiven und Protokollen überliefert sind — so wäre die Konstruktion des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches als *ius ad rem* doch unmöglich, weil unvereinbar mit dem vom B.G.B. im § 932 in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte aufgestellten Grundsatze, dass der böse Glaube nur durch Wissen von dem Bestehen eines fremden dinglichen Rechtes an der Sache herbeigeführt werden kann, dass aber nicht genügt die Kenntnis von dem Bestehen eines fremden obligatorischen Anspruches.

Dem A.L.R. ist dieser Grundsatz fremd: nach ihm genügt auch die Kenntnis von der Existenz eines fremden persönlichen Rechtes auf die Sache, um bösen Glauben zu erzeugen; und das A.L.R. musste so weit gehen, wenn überhaupt das *ius ad rem* eine Bedeutung haben sollte. Ist aber die Begründung der *mala fides* durch Kenntnis der Obligation nach B.G.B. unmöglich, so dürfen wir auch nicht im Systeme des B.G.B. von einem *„ius ad rem"* reden, denn eins ist ohne das andere unhaltbar.[53])

Nicht also im preussischen Landrecht und seiner bedenklichen Schöpfung, dem *ius ad rem*, können wir Hilfe finden; daher wollen wir uns Rat suchend nunmehr dem römischen Rechte zuwenden.

[53]) Uebereinstimmend mit der herrschenden Meinung insbesondere auch Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 178.

2. Der Anspruch wird durch Eintragung der Vormerkung nicht ein *ius in rem scriptum.*

§ 15.

Das römische Recht kannte in der *actiones in rem scriptae* Klagen, welche durchaus persönliche Rechte zur Geltung bringen sollten, also *in personam* gerichtet sind, deren Eigentümlichkeit aber darin beruht, dass sie gegen einen unbestimmten Gegner gehen, namentlich gegen jeden Besitzer der Sache, so dass sie fast wie *actiones in rem* erscheinen.[54]) Hauptbeispiel hierfür und von den Quellen selbst als *actio in rem scripta* bezeichnet, ist die *actio quod metus causa* (cf. l. 9 § 8 D. h. t. 4, 2).

B.G.B. erkennt zwar in den Fällen, in welchen die gemeinrechtliche Theorie von *actiones in rem scriptae* sprach, diese nicht an, indem es bei der Anfechtung eines Rechtsgeschäftes wegen Irrtum, Täuschung oder Drohung den gutgläubigen Dritten in seinem Erwerbe schützt. Daraus aber zu schliessen, dass die *actiones in rem scriptae* überhaupt dem B.G.B. nicht angehören, wie dies Kolkmann[55]) tut, halten wir für übereilt: man denke nur an den Vorlegungsanspruch des § 809! Gar manches spricht vielmehr dafür, den durch Vormerkung gesicherten Anspruch als *ius in rem scriptum* zu bezeichnen: ohne dass die Kenntnis von dem Bestehen des obligatorischen Anspruches bösen Glauben bei dem Erwerber des dinglichen Rechtes hervorzurufen braucht, ist der Vorgemerkte in der Lage, seinen Anspruch gegen den Eigentümer des Grundstücks resp. den „Erwerber" des dinglichen Rechtes nach Massgabe des § 888 durchzusetzen.[56])

---

[54]) Vgl. Savigny a. a. O. II § 208.

[55]) Kolkmann a. a. O.

[56]) Diese Konstruktion vertritt Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 11: „Die *obligatio* verwandele sich kraft Gesetzes in eine solche mit einem unbestimmten Gegner, *obligatio in rem scripta*. In einzelnen Ausnahmefällen habe das Gesetz jedoch der Vormerkung unmittelbare dingliche Wirkung beigelegt, welche als positive Ausnahme das Wesen des vorgemerkten Anspruches nicht berühre."

Die Konstruktion des Vormerkungsanspruches als *ius in rem scriptum* schont auch die vom B.G.B. ängstlich gehütete Unterscheidung von Forderungsrecht und Sachenrecht; denn das *ius in rem scriptum* muss nach B.G.B. ein obligatorisches Recht sein, wie auch im römischen Recht, wo es sich ebenfalls bedenklich dem *ius in re* nähert und beweist, dass das römische Recht nur schwer die Trennung von *ius in personam* und *ius in re* bis zur äussersten Konsequenz durchzuführen vermochte; das *ius in rem scriptum* bildet zwar den Uebergang zwischen beiden Arten der Rechte, aber es bleibt ein obligatorisches Recht.

Da bedeutete es wahrlich einen grossen Erfolg, wenn auch unser B.G.B. erreichte, was zu erreichen dem römischen Recht gelungen war: die absolute Trennung von persönlichem und dinglichem Recht.

B.G.B. will prinzipiell streng scheiden Obligation und Sachenrecht. Daher müssen wir uns bemühen, soweit irgend möglich, diese scharfe Scheidung durchzuführen, und dürfen auch bei der Vormerkung nicht von einem, wenn auch nur teilweisen Uebergehen des persönlichen Anspruches in ein dingliches Recht reden.

Abgesehen aber von dieser prinzipiellen Frage, zeigen sich bedeutsame Unterschiede jedoch zwischen dem *ius in rem scriptum* und dem Vormerkungsanspruch:

1. Bezüglich der Entstehung des Rechtes:

   Während bei der *actio quod metus causa* das *ius in rem scriptum* im Momente der erzwungenen Tradition der Sache entsteht, wirkt die Vormerkung bereits mit der Eintragung; es bedarf nicht erst einer Verfügung, die den fraglichen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde;

2. bezüglich der Art der Wirkung:

   Die römische *actio quod metus causa* richtet sich bei erzwungener Tradition nicht nur gegen den Bedroher, sondern auch gegen jeden Besitzer der Sache, d. h. die Schuldenhaftung wird begründet durch Eintritt in eine bestimmte Rechtslage. Bei der Vor-

merkung hingegen kann von einem solchen Uebergang der Schuldnerschaft nicht die Rede sein, sondern die Verfügung ist unwirksam, soweit sie den Vormerkungsanspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, woraus die oben dargestellten Rechtsfolgen sich für den Vorgemerkten ergeben. So darf besonders im Konkurse der vorgemerkte Anspruch nicht durch Verfügungen des Konkursverwalters geschädigt werden; bei dem *ius in rem scriptum* jedoch entbehrt der Anspruch solchen Schutzes.

Diese Ausführungen zeigen, dass es auch nicht genügt, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch als ein *ius in rem scriptum* zu konstruieren; auch diese Konstruktion, nach welcher die Vormerkung den Anspruch lediglich eine bestimmte Qualifikation gibt, befriedigt nicht. Wir müssen vielmehr versuchen, die Vormerkung so zu konstruieren, dass sie ein eigenes Recht verleiht, welches bei der Zession zusammen mit dem Anspruch übergehen kann.[57])

3. Die Vormerkung stellt vielmehr eine Verfügungsbeschränkung des Grundstückseigentümers dar und gewährt dem Gläubiger ein besonderes Sicherungsrecht.

§ 16.

Dieses Recht ist das Sicherungsrecht.[58]).

Und dieses Recht, welches die Vormerkung gewährt, entspringt aus ihrem rechtlichen Charakter einer Ver-

[57]) Vgl. hierzu auch Note 19.

[58]) Enneccerus, Bürgerliches Recht, 2. A. S. 260 und S. 371 will die Vormerkung in die Kategorie der „Erwerbsberechtigungen", welche er als Erster aufgestellt hat, einreichen; nach ihm wird „durch die Vormerkung nicht sowohl ein Recht gewahrt, als vielmehr ein neues, gegen den neuen Erwerber wirksames, mit der bestehenbleibenden Obligation nur scheinbar identisches Recht geschaffen". Ueber die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion, welche in der Nichtexistenz der sogenannten „Erwerbsberechtigungen" beruht, vgl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 180/181, und Othmer a. a. O. S. 41 f.

fügungsbeschränkung;[59]) es ist eine Verfügungsbeschränkung, welche nicht im Interesse aller besteht, sondern zum Schutze der Interessen eines Einzelnen, des Vorgemerkten.

Wie B.G.B. im § 135 ein Veräusserungsverbot kennt, „das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt", und Unwirksamkeit der gegen dieses Veräusserungsverbot verstossenden Verfügung statuiert, sogenannte relative Unwirksamkeit, welche nur den bestimmten Personen gegenüber besteht, so knüpft es auch in § 883, II B.G.B. relative Unwirksamkeit an die den Vormerkungsanspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung, aber diese Relativität der Unwirksamkeit besteht nicht nur hinsichtlich des Subjektes des zu sichernden Anspruches — denn dass im § 883, II B.G.B. solche „relative Unwirksamkeit", d. h. Unwirksamkeit mit Rücksicht auf eine bestimmte Person, vorliegt, geht aus dem Zwecke der gesetzlichen Bestimmungen hervor, die nicht den Schutz aller erreichen wollen, sondern lediglich im Interesse des Vormerkungsgläubigers erlassen sind — sondern auch bezüglich des Umfanges, in welchem sie vorliegt: nur insoweit ist die Verfügung unwirksam, als sie den Anspruch

---

[59]) Dies wird fast einheitlich in der Literatur bestritten. Unter den Schriftstellern nehmen nur wenige eine der hier vertretenen angenäherte Theorie an. Planck a. a. O. III S. 95 sagt von der Vormerkung, „sie sei einem Veräusserungsverbot nahe verwandt". Dann wieder heisst es an demselben Orte: „Die Verfügungsbeschränkung, welche durch die Eintragung einer Vormerkung begründet wird, wirkt somit dinglich". Dabei will Planck die Vormerkung als „ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur" auffassen. Dieses Schwanken zwischen Veräusserungsverbot und Verfügungsbeschränkung einerseits und formellem Sicherungsmittel dinglicher Natur andererseits findet sein Analogon in Turnau-Förster: „Vormerkung sei eine Art qualifiziertes Veräusserungsverbot" a. a. O. S. 157, und „zu den Verfügungsbeschränkungen des § 892 gehören ferner diejenigen, die durch Eintragung einer Vormerkung herbeigeführt werden", a. a. O. I S. 197. Nach Kober a. a. O. S. 41 stellt sich die Vormerkung als blosses „Veräusserungs- oder Belastungsverbot dar, dem indessen durch die Eintragung verschiedene Wirkungen, ähnlich einem dinglichen Rechte, erwachsen". Ueber Kretschmars Konstruktion der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung siehe den folgenden Text.

vereiteln oder beeinträchtigen würde: soweit die Verfügung nicht gegen den Vormerkungsanspruch verstösst, ist sie wirksam.

Aus dieser Möglichkeit der teilweisen Rechtswirksamkeit erklärt sich auch, dass die Eintragung der Vormerkung — wie oben angeführt — keine Buchsperre zur Folge hat.

Nicht aber darf behauptet werden, dass, da eine Buchsperre nicht eintritt, eine Verfügungsbeschränkung nicht vorliegt, denn das Geöffnetbleiben des Grundbuches ist nicht begründet durch die Verfügungsfreiheit, sondern soll nur der beschränkten Verfügungsfreiheit Rechnung tragen: wieweit jedoch die Beschränkung des Verfügungsrechtes reicht, kann der Grundbuchrichter nicht feststellen: denn er weiss nicht, ob der Anspruch besteht und in welchem Umfange er besteht, wieweit er also durch die fragliche Verfügung geschädigt würde und diese demnach unwirksam ist, das zu entscheiden, ist einer späteren Zeit vorbehalten. Daher kann er auch nicht einen Eintragungsantrag ganz oder in einem bestimmten Umfange zurückweisen und ist gezwungen, die Eintragungen laut Antrag vorzunehmen.

Aber auch aus dieser Eintragung auf eine Verfügungsfreiheit zu schliessen, wäre falsch, da mit der Eintragung zuungunsten des vorgemerkten Anspruchs nichts erreicht, sie selbst vielmehr bedeutungslos ist, soweit die ihr zugrunde liegende Verfügung unwirksam ist: das Verfügungsrecht lässt sich nicht beurteilen nach der Eintragung, sondern letztere hängt von der ersteren ab; erst wenn festgestellt ist, ob und wieweit der Verfügende ein Verfügungsrecht hatte, lässt sich beurteilen, ob der Eintragung eine rechtliche Bedeutung zukommt oder nicht.

Das Verfügungsrecht des Eigentümers ist vielmehr beschränkt unter zwei Gesichtspunkten:

1. Durch den obligatorischen Vertrag, welcher die Einräumung, Aufhebung oder Aenderung eines dinglichen Rechtes zum Gegenstand hatte: Dieser Vertrag verpflichtet den Eigentümer, es zu unterlassen, seinen Vertragsgegner durch Verfügungen zu schä-

digen, welche das jenem im Vertrage eingeräumte Recht verletzen, d. h. der Grundstückseigentümer ist verpflichtet nicht zu verfügen, soweit er durch seine neue Verfügung den Anspruch des Andern vereiteln oder beeinträchtigen würde.

2. Aber er kann auch gar nicht nach Eintragung der Vormerkung in diesem Umfange verfügen, denn tut er es doch, so ist seine Verfügung soweit unwirksam, als sie den Anspruch seines Vertragsgegners schädigen würde; er verfügt nicht, sondern macht nur einen untauglichen Versuch zu einer Verfügung.

Im Resultat also hatte die Vormerkung ebenso wie das Veräusserungsverbot eine Verfügungsbeschränkung zur Folge, und gewährt auf diesem Wege dem Vormerkungsgläubiger ein neues Recht, ein Sicherungsrecht.

Dass trotzdem B.G.B. bei der Vormerkung nicht spricht von einer Beschränkung der Verfügungsfreiheit, soweit der Anspruch des Vorgemerkten dadurch vereitelt oder beeinträchtigt würde, findet in folgendem seine Erklärung:

Im Augenblicke der Eintragung der Vormerkung ist es häufig — man denke besonders an den Normalfall der Eintragung der Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung! — ungewiss, ob der Anspruch besteht oder wieweit er reicht. Würde nun B.G.B. sagen: „Soweit der Anspruch des durch die Vormerkung Gesicherten vereitelt oder beeinträchtigt würde, darf der Eigentümer nicht über das Grundstück resp. Rechte am Grundstücke verfügen“, so hätte dies unter Umständen eine unbillige Beschränkung, ja sogar Schädigung des Grundeigentümers zur Folge.

Deshalb durfte auch im Rechte der Vormerkung nicht auf § 135 B.G.B. verwiesen werden, denn B.G.B. will im § 883ff. gar nichts verbieten.

In dieser Identifizierung von Verfügungsbeschränkung und Veräusserungsverbot wurzeln auch die Ansichten fast aller derjenigen, welche der Vormerkung den Charakter der Verfügungsbeschränkung irrtümlich nicht zugestehen wollen: sie machen keinen Unterschied zwischen dem „Verfügen-

können“ und dem „Verfügendürfen“, sie identifizieren die Verfügungsbeschränkung mit dem Verfügungsverbot und schliessen aus der Tatsache, dass trotz der Eintragung der Vormerkung das Grundbuch neuen, auch den fraglichen Anspruch verletzenden Eintragungen offen steht, nicht auf den wahren Grund hierfür, dass nämlich ein Veräusserungsverbot nicht vorliegt, sondern wollen fälschlich deshalb demjenigen, gegen welchen die Eintragung der Vormerkung erfolgt ist, das unbeschränkte Verfügungsrecht lassen.

Kretschmar[60]) konstruiert zwar die Vormerkung als eine Verfügungsbeschränkung; aber zu diesem Ergebnisse kommt Kretschmar auf einem u. E. unrichtigen Wege. Er sagt zutreffend: „Die Eintragung einer Vormerkung bewirkt eine Beschränkung der Berechtigten in der Verfügung über das Recht, auf welches sich die Vormerkung bezieht“;[61]) aber er begründet dieses mit unserem Textesresultate übereinstimmende Ergebnis, indem er der Vormerkung dieselbe Wirkung beilegt, wie dem sogenannten relativen Veräusserungsverbot des § 135 B.G.B. und behauptet, dass letzteres gar kein Veräusserungsverbot sei, sondern nur eine Verfügungsbeschränkung.

Dieser Auffassung wiederstreitet einmal die Wortfassung des B.G.B., welches im § 135 nicht von einer Beschränkung in der Verfügung, sondern von einem Veräusserungsverbot spricht, wodurch allein schon die Abschwächung zur Verfügungsbeschränkung, die Kretschmar vornimmt, abgeschnitten wird.

Aber auch durch den Umstand, welcher, wie scheint, mitbestimmend auf Kretschmar eingewirkt hat, dass B.G.B. im § 135, II den gutgläubigen Erwerber schützt, dürfen wir uns nicht zu dieser Konstruktion verleiten lassen. Aus diesem Schutze des gutgläubigen Erwerbers heraus dürfen wir keine Konstruktion machen, sondern dieser Schutz stellt sich als eine Ausnahme vom Prinzipe, dem Veräusserungsverbote, dar und verdankt seine Entstehung dem

[60]) Kretschmar a. a. O. S. 146 ff.

[61]) Kretschmar a. a. O. S. 187.

vielleicht übermässig betätigten Bestreben bei der Abfassung des B.G.B., den guten Glauben beim Erwerbe zu schützen.

Die Identifizierung der Verfügungsbeschränkung der Vormerkung mit dem Veräusserungsverbot, — wozu nach den soeben gemachten Ausführungen auch das relative des § 135 zu rechnen ist, wird aber auch einfach durch § 888. II ausgeschlossen: „Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräusserungsverbot gesichert ist". Hieraus müssen wir folgern, dass die Vormerkung kein Veräusserungsverbot ist, auch nicht ein relatives: damit ist die Grundlage Kretschmars:

> „Die im Veräusserungsverbot enthaltene Verfügungsbeschränkung ist von der gleichen Art wie diejenige, welche durch die Vormerkung hervorgebracht wird",[62])

u. E. unrichtig und die ganze Konstruktion Kretschmars fällt zusammen.[63])

Dieser Vorwurf, nicht zu unterscheiden zwischen Verfügungsbeschränkung und Veräusserungsverbot, trifft nicht Biermann: Biermann erklärt ausdrücklich, dass die Vormerkung weder als Verfügungsbeschränkung noch als Veräusserungsverbot aufgefasst werden darf.[64])

---

[62]) Kretschmar a. a. O. S. 188.

[63]) Gleichzeitig mag an dieser Stelle die Behauptung Kretschmars (S. 196 a. a. O.) widerlegt werden, dass eine Vormerkung weder für ein bloss obligatorisches Vorkaufsrecht, noch für ein Wiederkaufsrecht eingetragen werden kann, sondern erst für den Anspruch, der durch die Ausübung eines solchen Rechtes entsteht. — Konstruiert man Vorkauf und Wiederkauf als Antrag zu einem Kaufgeschäft, so besteht für den Berechtigten ein künftiger Anspruch, ebenso bei der Konstruktion als Vorvertrag; wer dagegen als Kauf unter einer (potestativen) Suspensivbedingung konstruiert, gibt dem Berechtigten einen bedingten Anspruch: künftige wie auch bedingte Ansprüche können aber laut § 883, I Satz 2 B.G.B. Gegenstand der Vormerkung sein. — Darüber, dass die Vormerkung ihrer ganzen rechtlichen Natur nach kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 772 Z.P.O. und § 28 Z.V.G. begründet, was Kretschmar S. 192 a. a. O. zu bestreiten sucht, vgl. die oben gegebenen Ausführungen.

[64]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182.

Er nimmt, wie bereits erwähnt, seine im Kommentar zum Sachenrecht zu §§ 883, 884 B.G.B. ausgesprochene Meinung, nach welcher der Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung zum *ius ad rem* werde, in seiner Monographie: Widerspruch und Vormerkung zurück (cf. S. 177 a. a. O.), und verwirft alle übrigen bisher versuchten Konstruktionen,[65]) um schliesslich selbst zu keinem Resultate zu gelangen.

Biermann glaubt, obwohl er nicht verkennt, dass der Gestaltung der Vormerkung, wie sie im B.G.B. vorgenommen ist, ein festes einheitliches Prinzip zugrunde liegt, auf jede Konstruktion verzichten zu können, weil dieses Prinzip bestimmt wird durch den Sicherungszweck, und begnügt sich mit einer nichtssagenden „Definition": „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 B.G.B. genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert".[66]) Das aber ist ja gerade die Frage, wie diese „Sicherung in dinglicher Weise" juristisch zu erklären ist; mit anderen Worten: durch eine solche Definition, in welcher auf dem nichtssagenden, zum wenigsten ganz unklaren Ausdrucke „Sicherung in dinglicher Weise" das Hauptgewicht ruht, wird eine Konstruktion der Vormerkung durchaus nicht entbehrlich gemacht, sondern geradezu von neuem herausgefordert.

Hier erübrigt es sich, Stellung zu nehmen zu den Argumenten, welche Biermann bestimmen, der Vormerkung den Charakter der Verfügungsbeschränkung abzusprechen.

Biermann geht davon aus, dass der Vormerkung der Charakter der Verfügungsbeschränkung nicht zukomme, weil letztere nach § 892, I, Satz 2 B.G.B. gegen den mit ihr kollidierenden Rechtserwerb schon dann wirke, wenn sie dem Erwerber beim Erwerbe bekannt war, dass dagegen die Vormerkung als reines Grundbuchinstitut nur infolge der Eintragung wirke.

---

[65]) **Derselbe a. a. O. S. 167 ff.**

[66]) **Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 184.**

Dies ist richtig vom Standpunkte Biermanns, welcher der Vormerkung die Wirkung der Verfügungsbeschränkung abspricht!

Wir, die wir nicht zögern, der Vormerkung die rechtliche Natur der Verfügungsbeschränkung zuzuerkennen, sehen unter „Verfügungsbeschränkung“ im § 892, I, Satz 2 B.G.B. auch die Vormerkung als mitinbegriffen und lassen die Beschränkung, welche sie auferlegt, ebenfalls dem Erwerber gegenüber wirken, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder ihm bekannt ist; aber die Natur der Sache bringt es mit sich, dass bei der Vormerkung diese beiden möglichen Fälle, in denen die Wirkung gegen den Erwerber eintritt, sich zu einem Falle vereinigen: der Ersichtlichkeit aus dem Grundbuche. Denn da die Vormerkung erst durch die Eintragung ihre Existenz erhält, wird sie naturgemäss, wenn sie überhaupt besteht, immer aus dem Grundbuche ersichtlich sein, mag nun der Erwerber von ihrem Bestehen Kenntnis haben oder nicht; und umgekehrt: ist die Vormerkung nicht aus dem Grundbuche ersichtlich, so besteht sie überhaupt nicht, und eine Kenntnis des Erwerbers ist demnach ausgeschlossen.

Aus dieser, wie Biermann mit Recht hervorhebt, auf der Eigenschaft der Vormerkung, ein reines Grundbuchinstitut zu sein, beruhenden Eigentümlichkeit der Vormerkung zu folgern, dass sie keine Verfügungsbeschränkung sei, halten wir für übereilt. Nur soweit ist diese Behauptung gerechtfertigt, dass die Vormerkung eine dem Grundbuchrechte ausschliesslich angehörige Verfügungsbeschränkung ist, welche dessen Vorzüge und Mängel teilen muss. Die Beschränkung kann naturgemäss erst wirken, wenn dasjenige, woraus sie abgeleitet wird, selbst zustande gekommen ist. Da nun im allgemeinen die Verfügungsbeschränkung in ihrem Zustandekommen nicht an die Eintragung geknüpft ist, musste im § 892, I, Satz 2 B.G.B. für die allgemeine Verfügungsbeschränkung die Regelung des Gesetzestextes gewählt werden. Wo aber die Verfügungsbeschränkung wie bei der Vormerkung ihre Entstehung der Eintragung ver-

dankt, kann auch erst von diesem Augenblicke an die Wirkung eintreten, d. h.:

> Die Vormerkung ist eine Verfügungsbeschränkung, welche zu ihrer Entstehung und ihrem Fortbestand der Eintragung bedarf und daher auch erst vom Zeitpunkte der Eintragung an wirken kann.

Unsere Ansicht wird unterstützt durch § 878 B.G.B., welcher nach Biermann einen Unterschied zwischen Vormerkung und Verfügungsbeschränkung begründen soll:

„Laut § 878 B.G.B. wird eine von dem Berechtigten in Gemässheit der §§ 873, 875, 877 B.G.B. abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist.“

Die Beschränkung in der persönlichen Verfügungsfähigkeit gemäss §§ 104 und 115 B.G.B. interessiert uns an dieser Stelle nicht, sondern es kommt auf die sachliche Beschränkung an, wie sie die §§ 135 ff. begründen — ob nur diese Paragraphen, wird sogleich zu prüfen sein. Z. B.: Der Eigentümer *A* hat, um bei dem Beispiele Biermanns zu bleiben — dem *B* eine Hypothek eingeräumt, die Einigung beider ist notariell beurkundet worden, die Erklärung also bindend geworden, und es ist bereits der Antrag auf Eintragung der Hypothek bei dem Grundbuchamte gestellt; die Eintragung wird aber verzögert und, bevor sie noch geschehen, wird eine dem einzutragenden Rechte widerstreitende Vormerkung eingetragen. In diesem Falle, sagt Biermann, müsste die beantragte Eintragung laut § 878 B.G.B. durch die Vormerkung nicht berührt werden, falls diese eine Verfügungsbeschränkung wäre. Davon aber sei keine Rede, sondern hier entscheide lediglich die Reihenfolge der Eintragung im Grundbuche; beim Veräusserungsverbote dagegen käme § 878 B.G.B. zur Anwendung.[67])

Dies seltsame Resultat, nach welchem dem Veräusserungsverbot schwächere Wirkungen zukommen als der

[67]) **Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 183.**

Vormerkung, wird vermieden, wenn wir die Verfügungsbeschränkung des § 878 B.G.B. nicht nur beschränken auf die vom B.G.B. in §§ 135ff. statuierten Fälle, sondern sie auch auf §§ 883ff. erstrecken.

Auch die Vormerkung bewirkt eine Verfügungsbeschränkung; durch ihre Eintragung wird der Grundstückseigentümer beschränkt in der Ausübung der ihm sonst auf Grund seines Eigentums zustehenden Rechte. Hatte er aber bindend eine Erklärung über ein Recht am Grundstücke abgegeben und war der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte z. Z. der Eintragung der Vormerkung bereits gestellt, so muss ebenso wie im Falle des Veräusserungsverbotes der Vorgemerkte weichen, damit die Kontrahenten, welche alles für die Eintragung von ihrer Seite Erforderliche geleistet haben, nicht darunter leiden, dass die Eintragung aus einem Grunde, der ausserhalb der Personen der Beteiligten liegt, noch nicht erfolgt ist.

§ 883, III B.G.B., nach welchem der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch gerichtet ist, sich nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt, stellt sich als eine Abweichung dar von der im § 879 B.G.B. festgelegten Rangordnung der Rechte nach ihrer Eintragungszeit, unberührt durch § 883, III bleiben aber die Vorschriften des § 878; konstruieren wir die Vormerkung als Verfügungsbeschränkung, so ist auch § 878 B.G.B. auf die Vormerkung anwendbar und bildet ein durch das Ergebnis die Konstruktion der Vormerkung als Verfügungsbeschränkung unterstützendes Argument.

Fassen wir die Ergebnisse unserer Untersuchungen in Gestalt einer Definition der Vormerkung zusammen, so lautet diese:

> **„Die Vormerkung ist eine dem Grundbuchrechte angehörige Verfügungsbeschränkung relativer Art, deren Wirksamkeit auf der Eintragung beruht und mit der Löschung endigt."**

Der Gläubiger aber, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird, erwirbt ein Recht, welches dem

„Beschlagsrecht“ der Konkursgläubiger[68]) an die Seite zu stellen ist (cf. §§ 6 und 7 K.O.) und mit diesem, sowie dem Rechte der Nachlassgläubiger im Falle der Anordnung der Nachlassverwaltung (§ 1984 B.G.B.) eine Gruppe bildet.

Die Wirkung der Vormerkung tritt, wie bereits dargestellt, in der Weise ein, dass jede nach deren Eintragung erfolgte Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch beeinträchtigen oder vereiteln würde.

Zur Vereinfachung der Durchsetzung seines Rechtes hat der Vormerkungsgläubiger einen Anspruch auf Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung oder Löschung gegen den Dritten, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen worden ist: aber nicht nur gegen diesen hat er den Anspruch, sondern gegen jeden, welcher nach Ausweis des Grundbuches „Erwerber“ eines Rechtes geworden ist, auf Grund einer dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksamen Verfügung. Das Grundbuch weist nach, wer der Zustimmungspflichtige ist, indem es durch die Eintragung den „Erwerber“ des mit dem Vormerkungsanspruch kollidierenden Rechtes anzeigt; durch die Eintragung im Grundbuch wird die Person des Verpflichteten festgestellt: daher ist der sekundäre Anspruch, welcher dem Vormerkungsgläubiger gegen den Erwerber zusteht, als *ius in rem scriptum* zu bezeichnen.

C. Das dingliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Uebertragung des Eigentumes.

§ 17.

Wenn wir zum Abschlusse eine vergleichende Betrachtung über die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Uebertragung des Eigentumes und das dingliche Vorkaufsrecht anstellen, so bestimmt uns einmal hierzu der

[68]) Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, S. 18ff.

natürliche Reiz, welcher darin liegt, trotz des § 1098, II B.G.B., in welchem dem dinglichen Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes entstehenden Anspruches auf Uebertragung des Eigentumes beigelegt wird, mannigfache Unterschiede zwischen beiden, welche durch ihre rechtliche Natur bedingt sind, feststellen zu können.[69]) Vor allem aber leitet uns hierbei die Erwägung, dass wir bei der Anstellung dieser vergleichenden Untersuchung eine weitere Gelegenheit finden, die für die Vormerkung gewonnenen Resultate auf ihre Richtigkeit zu prüfen und in der Vergleichung und Gegenüberstellung mit dem dinglichen Vorkaufsrecht das Wesen der Vormerkung scharf zu beleuchten.

Mit vollem Recht lässt B.G.B. nicht auch im Verhältnisse zwischen den aus dem Vorkauf Berechtigten und Verpflichteten das dingliche Vorkaufsrecht in der Art einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eigentumsübertragung wirken. Denn wenn das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten betrifft, liegen bei beiden Rechtsinstituten verschiedene juristische Gebilde vor: Freilich handelt es sich wie bei der Vormerkung so auch beim dinglichen Vorkaufsrecht um eine Sicherung des Berechtigten, indem der künftige und zugleich bedingte Anspruch auf Uebertragung des Grundeigentums durch eine Eintragung geschützt werden soll: Der Abschluss eines Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ist das künftige ungewisse Ereignis, bei dessen Eintritt es

[69]) Im Widerspruch mit seiner eigenen Konstruktion und unrichtig im Ergebnis erscheint u. E. die Behauptung Turnaus (Turnau und Förster a. a. O. I S. 474): „könnte auch das obligatorische Vorkaufsrecht vorgemerkt werden, dann würde es dadurch ebenso dinglich werden, wie das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff.“. Es ist nicht einzusehen, warum der Anspruch aus dem obligatorischen Vorkaufsrecht nicht durch Eintragung einer Vormerkung geschützt werden könnte. Dass in diesem Falle zum Teil andere Wirkungen eintreten als beim dinglichen Vorkaufsrecht, insbesondere von einem „dinglichen“ Rechte keine Rede sein kann, soll die obige Darstellung erweisen.

in die Willkür des Berechtigten gestellt ist, sein Vorkaufsrecht auszuüben (cf. § 504). Dies geschieht durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten mit der Wirkung, dass hierdurch der Kauf zwischem dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den von dem Verpflichteten mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zustande kommt (§ 505). Damit aber hat der Berechtigte zugleich den Anspruch auf Eigentumsübertragung erworben (§ 433).

Dieser hier allein interessierende Anspruch auf Eigentumsübertragung hat somit das bedingte Recht auf Ausübung des Vorkaufsrechtes zur Voraussetzung und wird dadurch u. E. selbst zu einem bedingten und zugleich künftigen Anspruche.

Dieser obligatorische, auf Einräumung des Eigentumsrechtes an dem Grundstücke gerichtete Anspruch ist durchaus des Schutzes durch Eintragung einer Vormerkung fähig, und es dürfte auch keinem Zweifel unterliegen, dass der nur persönlich Vorkaufsberechtigte seinen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung gemäss §§ 883 ff. B.G.B. sichern lassen kann.

§ 1094 B.G.B. hingegen konstruiert ein dingliches Vorkaufsrecht als Belastung des Grundstückes derart, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt ist, dem Eigentümer gegenüber zum Verkaufe berechtigt ist.

Aus solcher Verbindung von dinglichem Rechte mit obligatorischem Anspruche folgen notwendig Unterschiede zwischen dem dinglichen Vorkaufsrechte und dem durch Eintragung einer Vormerkung gesicherten obligatorischen Anspruche.

§ 1098, I B.G.B. lässt das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten sich nach den Vorschriften des in den §§ 504 bis 514 geregelten obligatorischen Vorkaufsrechtes bestimmen.

Dritten gegenüber aber soll das dingliche Vorkaufsrecht wirken wie eine „Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruches auf Eigentumsübertragung (§ 1098, II B.G.B.)."

Prüfen wir, inwieweit dies nicht zutreffend ist, so treten zunächst die Unterschiede hervor, welche bei der Begründung und bei der Beendigung von obligatorischer Vormerkung und dinglichem Vorkaufsrechte bestehen.

Betrachten wir die Unterschiede bei der Entstehung, so ist darauf hinzuweisen, dass Vormerkungsgläubiger nur eine bestimmte Person sein kann, sei es eine natürliche oder juristische; subjektive Dinglichkeit, d. h. Berechtigung des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes, ist bei der Vormerkung ausgeschlossen und nur beim dinglichen Vorkaufsrecht laut § 1094, II B.G.B. zulässig.

Wollen wir jedoch einen Einblick in die verschiedene Gestaltung beider Rechtsinstitute gewinnen, so müssen wir zunächst die Frage entscheiden, ob und wieweit bei der Begründung dem Parteiwillen freier Spielraum gelassen ist, d. h. inwieweit die Vorschriften des B.G.B. zwingendes Recht sind.

Hierbei müssen wir davon ausgehen, dass das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094ff. B.G.B. als ein vom B.G.B. zugelassenes Recht an einem Grundstücke von dem Gesetzbuch mit einem charakteristischen Inhalt und festgelegten Wirkungen ausgestattet worden ist, deren Vorhandensein bezeichnend für das dingliche Vorkaufsrecht sein soll, bei deren Fehlen seine Existenz unmöglich ist; d. h. das B.G.B. stellt in §§ 1094ff. zwingende Rechtssätze auf, welche nicht der vertragsmässigen Abänderung durch die Parteien unterliegen.

Wie überhaupt im Sachenrecht die Normen des B.G.B. häufig erschöpfend ins einzelne gehen wollen und dabei leicht den Charakter des *ius cogens* annehmen, so geschieht dies auch beim dinglichen Vorkaufsrecht: nur subsidiär soll auch der Parteiwille einen Einfluss haben dürfen, und wo dies ausnahmsweise der Fall ist, hebt das Gesetz es hervor.

Ganz anders im Rechte der Schuldverhältnisse: hier steht in vorderster Reihe der Wille der Kontrahenten, diese bestimmen zunächst über ihre rechtlichen Verhältnisse. Doch ihnen allein kann die Bestimmung nicht überlassen bleiben;

das verbietet die Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit: des Staates und der Bürger. Daher muss die Rechtsordnung auch hier mit zwingenden Normen eingreifen und der Parteiwillkür feste Schranken ziehen.

Von diesem Gesichtspunkte betrachtet, unterliegt das obligatorische Vorkaufsrecht prinzipiell der freien Vereinbarung; aber in weitgehender Weise wird in §§ 504 ff. B.G.B. diese Freiheit beschränkt, wie überall dort, wo das obligatorische Verhältnis sich konzentriert auf eine bestimmte Sache. So erscheinen als zwingende Rechtsnormen die Vorschriften der §§ 504, 505, 506, 512 B.G.B., d. h. alle diejenigen, welche charakteristisch für das Wesen des Vorkaufsrechtes sind, deren Durchkreuzung demnach unvereinbar ist mit dem Begriffe des „Vorkaufes" im B.G.B.

Im übrigen aber ist der Parteidisposition innerhalb der gewöhnlichen Grenzen Vertragsfreiheit gewährt.

Was die Form betrifft, so bedarf nach § 313 B.G.B. der Vertrag, durch welchen sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; spätere Auflassung und Eintragung heilen aber den Mangel der Form. Das dingliche Vorkaufsrecht hingegen entsteht, wie regelmässig alle Buchrechte,[70]) erst durch die Eintragung und nur durch diese.

An dieser Stelle muss auch darauf hingewiesen werden, dass die Eintragung der Vormerkung auch auf Grundlage einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann an Stelle der Bewilligung, die Eintragung des Vorkaufsrechtes nur auf Grund der Bewilligung des Eigentümers.

[70]) Ausnahmen machen der Eigentumserwerb durch Zuschlag in der Subhastation, der Erwerb durch die Erben mit dem Anfall der Erbschaft, desgleichen bei der ehelichen Gütergemeinschaft, bei Genossenschaft zu gesamter Hand (wenn die Mitglieder wechseln). Weitere Ausnahmen ergibt das Landesrecht bei nicht gebuchten und nicht buchungspflichtigen Grundstücken (a 127 E.G. B.G.B.), ferner für Uebertragung von Staatseigentum auf einen kommunalen Bezirk (a 126); desgleichen im Bergrecht, Wasserrecht, Agrarrecht, vor allem auch bei der Enteignung (a 109 E.G. B.G.B.).

Eine Reihe von Unterschieden ergeben sich ferner aus der Eigenschaft des dinglichen Vorkaufsrechtes als ein das Grundstück belastendes Recht.

So laut § 878 B.G.B., welcher einen Unterschied zwischen dem dinglichen Vorkaufsrecht und der Vormerkung dadurch begründet, dass nach § 878 eine abgegebene Erklärung des Berechtigten, dass er das Eigentum am Grundstücke übertrage, ein Recht am Grundstück bestelle usw., nicht durch eine nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkung unwirksam wird, falls er die Erklärung dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben hat, oder eine Löschungsbewilligung ausgestellt hat (cf. § 873 B.G.B.) und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt ist. Eine derartige Bestimmung fehlt für die Vormerkung und ist für sie, wie wir oben gezeigt haben, überflüssig.

Im Gegensatz zur Vormerkung nimmt das eingetragene Vorkaufsrecht teil sowohl an der grundbuchrechtlichen Präsumtion des § 891 B.G.B., wonach vermutet wird, dass das im Grundbuch für jemand eingetragene Recht ihm zusteht, als auch an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches, § 892 B.G.B.

Gegenstand des Vorkaufsrechtes ist ein ganzes Grundstück. Der Bruchteil eines Grundstückes kann mit dem dinglichen Vorkaufsrecht nur dann belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§ 1095 B.G.B).

Anders bei der Vormerkung: Hier gestattet die Vertragsfreiheit sehr wohl, dass der Eigentümer eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eigentumserwerb an einem nur gedachten Grundstücksteile bestellt, welches im Augenblicke des Vertrages resp. der einstweiligen Verfügung noch gar nicht besteht, sondern ein künftiger oder ungewisser ist.

Gehen wir nunmehr auf die Verschiedenheiten bei der Beendigung ein, so begegnen uns zunächst einige Unterschiede, welche wiederum durch die Anwendung des Grundbuchrechtes auf das dingliche Vorkaufsrecht begründet werden.

Während, wie oben dargestellt, der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Eigentumsübertragung der Verjährung unterliegt, ist das dingliche Vorkaufsrecht, welches nach § 873, I B.G.B. als ein das Grundstück belastendes Recht der Eintragung bedarf, als eingetragenes Recht gegen die Verjährung geschützt (§ 902, I B.G.B.).

Ist aber das dingliche Vorkaufsrecht mit Unrecht gelöscht — z. B. auf Grund der Bewilligung des geschäftsunfähigen Berechtigten — so erlischt es nach § 901 B.G.B., wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist. Bei der Vormerkung, deren Anspruch gegen die Verjährung nicht geschützt ist, bedingt die Verjährung des Anspruches nicht an und für sich die Unwirksamkeit der Vormerkung; denn es wäre ja denkbar, dass der Verpflichtete aus dem Eintritt der Verjährung kein Recht ableiten will. Ebenso aber, wie er der Geltendmachung des Anspruches die Einrede der Verjährung entgegenstellen kann und hierdurch den Anspruch entkräftet, kann er in diesem Falle gemäss § 886 B.G.B. die Beseitigung der Vormerkung von dem Gläubiger verlangen.

Ist einerseits das dingliche Vorkaufsrecht gegen die Verjährung geschützt, so kann andererseits ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen werden (§ 899 B.G.B.), was, wie oben gezeigt, bei der Vormerkung ausgeschlossen ist.

Ebenso besteht — wiederum im Gegensatze zur Vormerkung bis auf den einzigen oben dargestellten Fall — ein Berichtigungsanspruch beim dinglichen Vorkaufsrecht, da es ja am öffentlichen Glauben wie an der Fiktion des Grundbuches teilnimmt, falls der Inhalt des Grundbuches speziell das eingetragene Vorkaufsrecht mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894 B.G.B.).

Will der Berechtigte auf sein Recht verzichten, so ist beim dinglichen Vorkaufsrecht erforderlich die Erklärung des Vorkaufsberechtigten, dass er sein Vorkaufsrecht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuche.

Bei der obligatorischen Vormerkung hingegen haben wir zu unterscheiden:

Verzicht auf den Anspruch allein und Verzicht auf die Vormerkung bei Weiterbestehen des Anspruches.

Der Verzicht auf den Anspruch kann formlos geschehen, und mit dem Erlöschen des Anspruches hat auch die Vormerkung ihre Wirkung verloren.

Der Verzicht auf die Vormerkung allein kann auch durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamt erfolgen.

Ein weiterer Unterschied tritt bez. der Verpfändung hervor. Diese geschieht bei der Vormerkung zusammen mit dem Forderungsrecht formlos nach Massgabe der §§ 1279ff. B.G.B.

Das Vorkaufsrecht ist, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, ein nicht übertragbares Recht (cf. § 514 B.G.B.) und daher nicht Gegenstand des Pfandrechtes (§ 1274, II B.G.B.)

Die Uebertragung gestaltet sich bei der Vormerkung nach dem für die Zession von Forderungen in §§ 308ff. B.G.B. aufgestellten Rechtsnormen: die Vormerkung geht mit dem abgetretenen Anspruch auf den Zessionar über (vgl. oben).

Das Vorkaufsrecht, sowohl das obligatorische als auch das dingliche, ist nach § 514 (cf. § 1098, I) nicht übertragbar, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Im letzteren Falle wird das dingliche Vorkaufsrecht übertragen nach den allgemeinen Grundsätzen, die für die Uebertragung von Rechten an Grundstücken gelten: Willenseinigung und Eintragung (§ 873).

Während die Vormerkung dem vererblichen Anspruch anhaftet und mit diesem auf den Erben übergeht, ist das Vorkaufsrecht auch nicht vererblich, falls nicht ein anderes bestimmt ist, so z. B. im § 2034 II B.G.B. gesetzlich für Miterben; wenn das Vorkaufsrecht auf eine Zeit beschränkt ist, soll es im Zweifel vererblich sein.

Im Falle der Konfusion, in welchem die Vormerkung durch den Untergang des Forderungsrechtes ihre Wirkung

verliert, ist zwar auch das dingliche Vorkaufsrecht bedeutungslos geworden, aber nicht, wie die Vormerkung, wegen Unterganges der Obligation durch Vereinigung von Gläubigerschaft und Schuldnerschaft in einer Person; — denn, wie bereits oben gesagt, ist das Vorkaufsrecht der §§ 1094ff. B.G.B. als ein das Grundstück belastendes Recht konstruiert und zwar unabhängig von dem Bestehen eines Forderungsrechtes — sondern der Grund liegt darin, dass das Ziel des Vorkaufsrechtes, der Erwerb des Grundstückes durch den Vorkaufsberechtigten, erreicht ist, wenn auch auf einem anderen als dem ursprünglich gedachten Wege: dies gilt sowohl für das Vorkaufsrecht, welches zugunsten einer bestimmten Person eingetragen ist, als auch für das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes bestellte. § 889 B.G.B., nach welchem ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, dass der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, ist in diesem Falle nicht anwendbar, weil § 889 B.G.B. natürlich voraussetzt, dass das Recht des Berechtigten nicht auf Erwerb des Eigentums gerichtet ist.

Im Gegensatz zur Vormerkung muss das Vorkaufsrecht im Falle der Zwangsversteigerung und im Konkurse seine Wirksamkeit verlieren (so § 512 für das obligatorische Vorkaufsrecht): denn während die Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eigentumsübertragung ihr Ziel erreicht, unbeeinflusst durch etwaige Verfügungen des Verpflichteten und unberührt durch diese, hängt die Ausübung des Vorkaufsrechtes gerade davon ab, dass der Verpflichtete die Verfügung, d. h. die Veräusserung vornimmt.

Hat also der Verpflichtete über den Gegenstand des Vorkaufsrechtes seine Verfügungsmacht verloren, was bei der Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand und im Konkurse geschieht, so ist es demnach völlig korrekt, wenn die Ausübung des Vorkaufsrechtes in diesen beiden Fällen ausgeschlossen ist. Aber für das dingliche Vorkaufsrecht hat § 1098 S. 2 B.G.B. abweichend hiervon bestimmt,

dass bei freihändigem Verkaufe des Grundstückes durch den Konkursverwalter das Vorkaufsrecht ausgeübt werden darf.

Den Grund für diese Ausnahme erblicken wir darin, dass beim freihändigen Verkaufe der Konkursverwalter mehr als sonst die Person des Kridars zu vertreten scheint, daher ein freihändiger Verkauf des Grundstückes durch den Konkursverwalter für die Zwecke des Vorkaufsrechtes wie ein durch den Verpflichteten vorgenommener Verkauf behandelt werden kann.

Hierzu kommt noch folgende Erwägung: während bei der öffentlichen Zwangsversteigerung eines Grundstückes es wegen der Eigentumsübertragung an den Meistbietenden durch Zuschlag untunlich ist, auf einen Vorkaufsberechtigten Rücksicht zu nehmen, diesem vielmehr als Beteiligten laut § 9 Ziffer 1 Z.V.G. die Terminsbestimmung zuzustellen ist (§ 41 Z.V.G.) und er hierdurch die Möglichkeit hat, das Grundstück durch Meistgebot zu erwerben, ist beim freihändigen Verkaufe die Ausübung des Vorkaufsrechtes leicht möglich. Dritten gegenüber, welche das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung, innerhalb wie ausserhalb des Konkurses, erworben haben, wirkt demnach das dingliche Vorkaufsrecht nicht wie eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eigentumsübertragung: denn diese wirkt auch solchen Erwerbern gegenüber, das dingliche Vorkaufsrecht jedoch nicht.

Hat ein Dritter vom Verpflichteten das Grundstück gekauft, und übt nun der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so müsste bei Anwendung der für die Vormerkung geltenden Rechtssätze, die Verfügung des Verpflichteten unwirksam sein, d. h. die auf Grund jenes Kaufvertrages erfolgte Auflassung an den Dritten wäre nach Massgabe der obigen Ausführungen als unwirksam und die auf Grund dieser unwirksamen Verfügung erfolgte Eintragung des Dritten als Eigentümer als nicht geschehen zu behandeln.

B.G.B. stellt jedoch in §§ 1100 und 1102 den Dritten besser als bei der Vormerkung: während er nach § 888 B.G.B.

schlechtweg verpflichtet ist, seine Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung resp. Löschung zu geben, kann er nach § 1100 seine Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer des Grundstückes so lange verweigern, bis ihm der Kaufpreis, soweit er ihn bereits entrichtet hat, erstattet wird; solange darf er auch die Herausgabe des Grundstückes verweigern.

Schon hieraus geht hervor, dass die auf der Verfügung des Verpflichteten beruhende Eintragung dem Dritten gegenüber nicht wirkungslos ist, denn er erwirbt ein Recht: das Recht der Verweigerung der Zustimmung und der Herausgabe des Grundstückes bis zur Erstattung des berichtigten Teiles der Kaufsumme. Zwar erwirbt er nicht ein Forderungsrecht gegen den Vorkaufsberechtigten auf Erstattung des entrichteten Kaufpreises, sondern er kann ihn nur dadurch am Erwerbe des Eigentumes hindern, dass er bei Nichterstattung des entrichteten Barbetrages seine Zustimmung verweigert; anders nur in dem Falle, in welchem der Vorkaufsberechtigte bereits die Eintragung als Eigentümer erlangt hat. Hier kann er von diesem die Erstattung des berichtigten Kaufpreises fordern gegen Herausgabe des Grundstückes (cf. § 1100 B.G.B.).

Während ferner bei der Vormerkung die Verfügung des Verpflichteten nur zu Recht bestehen bleibt, wenn der Vormerkungsgläubiger seinen Anspruch nicht durchsetzt, hängt bei dem dinglichen Vorkaufsrecht der Eigentumserwerb durch den Dritten nicht davon ab, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausübt, sondern selbst im Falle der Ausübung verliert er nur das durch Auflassung und Eintragung gemäss dem geschlossenen Kaufvertrage erworbene Eigentum (dies beweisen die §§ 1100 und 1102 B.G.B., welche vom Dritten als Eigentümer resp. vom Verluste des Eigentums sprechen) und muss seine Zustimmung zu der Eintragung des Berechtigten als Eigentümer geben. Dem Dritten muss in jedem Falle der Erwerb des Eigentumes zugestanden werden: er ist Eigentümer und bleibt es, wenn der Berechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausübt; aber er ist

auch Eigentümer gewesen, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Daher spricht mit Recht B.G.B. im § 1102 vom Verluste des Eigentumes; aber nur wer Eigentum besass, kann es verlieren.

Hierin äussert sich der fundamentale Unterschied zwischen der Wirkung des Vorkaufsrechtes und der Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Eigentumsübertragung: da bei der Vormerkung die Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, ist sie, wie oben dargestellt, im Falle der Durchführung jenes Anspruches seitens des Berechtigten im Verhältnisse zu diesem als nicht geschehen anzusehen. Bei dem dinglichen Vorkaufsrechte hingegen erwirbt trotz der Bestimmung im § 1098, II B.G.B. der Dritte schlechtweg das Eigentum an dem Grundstück, so dass er bei Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Berechtigten stets einen Eigentumsverlust erleidet, dagegen ein Recht der Verweigerung seiner Zustimmung zu der Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und der Herausgabe des Grundstückes bis zur Erstattung der von ihm, dem Dritten, entrichteten Kaufsumme erhält.

Diese verschiedene Behandlung des Dritten bei Vormerkung und dinglichem Vorkaufsrecht ist durchaus begründet: Der Dritte bedarf beim dinglichen Vorkaufsrecht eines besonderen Schutzes, wenn man überhaupt dem Grundstück die Verkehrsfähigkeit und damit dem dinglichen Vorkaufsrechte seine Anwendbarkeit wahren will.